UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ECOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES ED101

UMR 7354 DRES

THÈSE **présentée par / DISSERTATION presented by :**

Alexandre Cassagne

soutenue le /defended on : 19 décembre 2024

pour obtenir le grade de **/** to obtain the grade of **:**
Docteur de l'Université de Strasbourg / Strasbourg University Doctor

Discipline/Spécialité **/** Discipline/Specialty : Droit des affaires

L'ARTICULATION ENTRE LE DROIT COMMUN ET LE DROIT SPECIAL DES CONTRATS, A TRAVERS L'EXEMPLE DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

THÈSE dirigée par / DISSERTATION supervisor :
ERESEO Nicolas Maître de conférences HDR, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :
FERRIER Nicolas Professeur, Université de Montpellier
MOULY-GUILLEMAUD Clémence Professeur, Université de Montpellier

AUTRE MEMBRE DU JURY / OTHER MEMBER OF THE JURY :
PERIN-DUREAU Ariane Professeur, Université de Strasbourg

Avertissement au lecteur / Warning to the reader

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition des membres de la communauté universitaire. Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Cela implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document. D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction ou représentation illicite encourt une poursuite pénale.

This document is the result of a long process approved by the jury and made available to members of the university community. It is subject to the intellectual property rights of its author. This implies an obligation to quote and reference when using this document. Furthermore, any infringement, plagiarism, unlawful reproduction or representation will be prosecuted.

Code de la Propriété Intellectuelle

Article L122-4 :

Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque.

Any representation or reproduction in whole or in part without the consent of the author or his successors in title or assigns is unlawful. The same applies to translation, adaptation or transformation, arrangement or reproduction by any art or process whatsoever.

Articles L335-1 à L335-9. : Dispositions pénales / Penal provisions.

Licence attribuée par l'auteur / Licence attributed by the author

https://creativecommons.org/licenses/?lang=fr-FR

A mon père

REMERCIEMENTS

Je remercie mon directeur de recherche Monsieur Nicolas Ereseo, pour m'avoir accordé sa confiance et pour m'avoir toujours soutenu. Ses conseils et sa grande précision m'ont été d'une aide précieuse pour pouvoir mener ce travail à son terme.

Je remercie la société SEDEM et mes employeurs pour avoir cru en mon travail et m'avoir permis d'obtenir un financement CIFRE indispensable au commencement de ce projet.

Je remercie ma compagne, pour son soutien indéfectible et ses nombreuses relectures. Valentin, pour sa contribution à la mise en forme de ma bibliographie. Mon oncle et ma tante, qui m'ont assuré calme et sérénité.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Adde	Ajouter
Aff.	Affaire
AJCA / AJ contrat	Actualité juridique contrats d'affaires
AJ fam.	Actualité juridique famille
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
C.civ.	Code civil
C.com.	Code de commerce
C.conso.	Code de la consommation
Cass.ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass.civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass.com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass.soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CGV	Conditions générales de vente
CCC	Revue Contrats concurrence consommation
CEPC	Comission d'examen des pratiques commerciales
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Cons. const	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
Dr. entr	Droit des entreprises
Dr. soc.	Droit social
Ed.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibid.	Ibidem
In	dans
Infra	Ci-dessous
JCP E	La semaine juridique, édition entreprises et affaires
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JORF	Journal officiel de la République Française
LPA	Les Petites affiches
N°	Numéro
Not.	Notamment
Obs.	Observations
Op.cit	Opere citato, ouvrage cité
Ord	Ordonnance

P.	Page
Préc.	Précité
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RDC	Revue des contrats
RJ	Revue de jurisprudence
RJ com	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s..	Suivant
Spec.	Spécialement
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
T.com	Tribunal de commerce
T.I	Tribunal d'instance
v.	Voir
V°	Verbo
Vol.	Volume
RJ.	Revue de jurisprudence

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE 1
LE MOUVEMENT DE CONVERGENCE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS ET DU DROIT SPECIAL DE LA DISTRIBUTION AUTOUR DE L'OBJECTIF DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

TITRE I : LA TENTATION DE LA DEFORMATION DU DROIT COMMUN EN L'ABSENCE DE DROIT SPECIAL

Chapitre 1 : Les raisons de la tentation de déformation du droit commun

Chapitre 2 : Les manifestations de la tentation d'une déformation du droit commun

TITRE II : LES ENRICHISSEMENTS DU DROIT SPECIAL EN REACTION AUX LACUNES DU DROIT COMMUN

Chapitre 1 : Les bénéfices de l'enrichissement du droit spécial

Chapitre 2 : L'émergence d'un nouveau droit commun inspiré par l'enrichissement du droit spécial de la distribution

PARTIE 2
LA COEXISTENCE DU DROIT COMMUN ET DU DROIT SPECIAL AUTOUR DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

TITRE I : LA RIVALITE ENTRE LE DROIT COMMUN ET LE DROIT SPECIAL DES CONTRATS

Chapitre 1 : Une rivalité forte en raison d'importantes divergences

Chapitre 2 : Une rivalité limitée en raison d'aspirations communes

TITRE II : LA COMPLEMENTARITE ENTRE LE DROIT COMMUN ET LE DROIT SPECIAL DES CONTRATS

Chapitre 1 : Une complémentarité assurée par le juge

Chapitre 2 : La solution d'une complémentarité assurée par le législateur ?

Conclusion

INTRODUCTION

« *Le droit est un. Et l'on n'y a introduit des divisions que pour l'étudier avec ordre et méthode* »[1]

01. **La division pour simplifier l'étude**. Le droit français recèle dans son ADN un goût de l'ordonnancement et du classement. La division principale de notre droit, la *summa divisio*, est incarnée par la distinction entre le droit public et le droit privé[2] et s'accompagne de bien d'autres subdivisions. Notre système juridique est également structuré par matières, par Codes et par branches. Il fait par ailleurs un usage récurrent de la distinction entre dispositions générales et dispositions spéciales. Cette dichotomie se retrouve en droit des contrats mais également en droit pénal, en procédure civile[3] ou encore en droit des sociétés[4]. Cependant, si notre droit est compartimenté à des fins de praticité et d'ordonnancement, il n'en forme pas moins un tout censé être cohérent.

02. **Le droit est Un**. Notre droit est ainsi décomposé, segmenté, présenté matière par matière, comme si chaque élément était cloisonné[5]. L'incarnation symbolique de cette construction compartimentée est sans nul doute le Code, instrument de connaissance par excellence du droit, relatif à chaque domaine ou spécialité[6]. Une compréhension approfondie du droit exige de dépasser cette segmentation apparente pour saisir le lien organique entre ses différentes composantes, qui ne constituent pas un simple agrégat d'éléments isolés[7].

---

[1] GENY (F.), *Le particularisme du droit fiscal, Mélanges* R.CARRE DE MALBERG, Sirey, 1933, n°6, p.203

[2] Cette grande distinction ne se limite pas au droit français et se retrouve dans de nombreux systèmes juridiques. V. ALVAZZI DEL FRATE (P.), BLOQUET (S.), VERGNE (A.), *La summa divisio droit public / droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe (XIXe-XXIe siècles),* Institut universitaire Varre, colloques, 2018

[3] CHAINAIS (C.), MAYER (L.), FERRAND (F.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage.* Dalloz,37e éd,2024

[4] VIDAL (D.), LUDIANO (K.), *cours de droit spécial des sociétés* et *cours de droit général des sociétés*, Gualino amphi LMD, 2e éd, 2016. Ce manuel composé de 2 tomes, distingue le droit spécial et le droit général des sociétés

[5] BOUDOT (M.), « L'enseignement du droit, un instrument de la summa divisio ? » in colloque *De l'intérêt de la summa divisio Droit public – Droit privé ?,* Dalloz, 2011, p.244 et s., dans cet article, l'auteur critique l'étude compartimenté de notre droit, tel qu'il est enseigné à la faculté et le manque de vision transversale.

[6] JAUFFRET SPINOSI (C.), « La structure du droit français », revue internationale de droit comparé, 2002, p.269

[7] CABRILLAC (R.), Qu'est-ce que l'introduction au droit ?, Dalloz, 1er éd, 2017, p.28, Au sujet du cours d'introduction au droit l'auteur dira qu'un tel cour « *permet une prise de hauteur afin d'entrevoir la matière dans son ensemble, sans se perdre dans l'examen de telle ou telle source – « le labyrinthe de la jurisprudence » – sans se perdre dans les détails. Cette prise de hauteur doit révéler l'unité de la science du droit, vue comme une grande Encyclopédie juridique* »

03. **Une logique d'ensemble**. Le droit n'a jamais été un ensemble monolithique. L'image d'un tronc unique se ramifiant au fil du temps est séduisante mais sans doute erronée. Le droit a toujours été divisé, mais autour d'une logique d'ensemble[8]. Le droit est un tout[9], jonché de diverses interactions et d'influences qui s'établissent entre les matières qui le composent. La preuve de la nécessité de ces échanges peut se déduire en creux de l'échec des volontés autonomistes de certaines branches du droit[10]. Le droit français ne saurait être enfermé dans des frontières rigides puisqu'il se nourrit de la perméabilité entre ses branches.

Ces échanges se manifestent d'une manière particulière entre le droit commun et le reste du droit et l'interdépendance entre le général et le spécial s'illustre dans l'histoire juridique. Avant même l'avènement de notre Code civil, le droit organisait au Moyen-âge une connexion entre le *jus commune* et le droit coutumier. En Italie[11] par exemple, le *jus commune* associé au droit savant était opposé au *jus proprium* qui représentait les innombrables coutumes. Il est intéressant d'observer que les deux corps de règles entretenaient des rapports de force, oscillant entre oppositions et complémentarités[12].

04. **Articuler dans un but de cohérence.** L'articulation entre le droit général et le droit spécial est essentielle pour garantir la cohérence du système juridique. Chaque branche joue un rôle spécifique : le droit général pose les principes fondamentaux, tandis que le droit spécial intervient pour adapter ces principes à des situations particulières. La conception même du Code

---

[8] GRUA (F.), « Les divisions du droit », RTD civ. 1993, p.59 ; V. pour une solution alternative à cette pensée CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », Dalloz, 2003, p.280, l'auteur pour contrer la critique de Grua se réfère à l'image du rhizome pour remplacer celle de la branche.

[9] MOLFESSIS (N.), « Le Code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un avenir,* Dalloz, 2004, p.327 et s., spé. P.331. ; TUNC (A.), « *La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », Revue internationale de droit comparé, 1975, p.827 « Nier que le monde soit gouverné par des règles formant un ensemble cohérent serait affirmer qu'il est chaotique, ce qui serait une vue bien excessivement pessimiste des choses. Sans qu'il soit possible de discuter ce problème métaphysique, ni même de montrer plus longuement la nécessité de la logique dans le droit, on peut constater en tout cas qu'affirmer cette nécessité, c'est reconnaître l'importance de la doctrine juridique* ».

[10] Dans le sens de l'échec des revendications autonomistes : GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, n°224 et s. ; DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°159 et s. ; GRUA (F.), « La fée de l'horloge », RTD civ. 2001, p.323 ; BUKULIN (J.), *L'articulation du droit commun et du droit spécial des contrats. Essai sur le concept « d'influence réciproque »,* Thèse, Université Grenoble Alpes, 2022, n°152 et s.

[11] Il est fait référence à l'Italie puisqu'en France une ambigüité demeure sur la véritable signification du terme « jus commune » qui recoupe parfois la coutume générale et parfois le droit romain savant GIODANENGO (G.), *Droit romain Jus civil et Droit français*, Presses de l'université Toulouse Capitole, p.219 et s. ;. CASTALDO (A.), « Pouvoir royal, droit savant et droit commun coutumier dans la France du Moyen Âge. A propos de vues nouvelles II : Le droit romain est-il le droit commun ? », revue française de théorie de philosophie et de culture juridique, 2008, n°47.

[12] CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », Dalloz, 2003, p.280

civil a été forgée autour de l'idée de généralité. Lors de son élaboration, Portalis insistait dans son discours préliminaire pour que les lois qui le composent aient pour objectif de « *fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit* », et surtout de ne pas « *descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* »[13]. Ainsi, s'il est bien entendu que chaque corps de règles doit remplir son office, il est également acquis que ces corps doivent interagir sur des sujets communs. L'organisation de ces rapports est impérative pour préserver la cohérence et l'efficacité du droit[14].

05. **Plan.** L'étude de l'articulation entre droit commun et droit spécial des contrats s'agissant des contrats de distribution présente un intérêt scientifique certain et actuel (I), marqué par un rapprochement sans précédent entre ces droits aux philosophies qui étaient à l'origine substantiellement différentes (II). L'analyse critique découlant de notre démarche de recherche a pour vocation de souligner cet intérêt et de contribuer à une meilleure articulation entre les corps de règles étudiés (III).

I. L'intérêt renouvelé de l'étude de l'articulation du droit commun et du droit spécial

06. **Un intérêt double.** L'étude des rapports qu'entretiennent le droit commun et le droit spécial des contrats présente un double intérêt : elle permet, d'une part, d'examiner le traitement réservé à ces rapports par la récente réforme du droit commun des contrats de 2016 (A) et, d'autre part, d'enrichir la réflexion autour de ces rapports au moyen du terrain privilégié d'expérimentation et de réflexion que représentent les contrats de distribution (B).

A) L'émergence de nouvelles questions à l'occasion de l'ordonnance du 10 février 2016

07. **Des travaux antérieurs sur l'articulation entre droit commun et droit spécial**. L'étude entreprise ne prétend pas innover sur les rapports généraux qu'entretiennent le droit commun et le droit spécial. De nombreuses thèses ont déjà été publiées, les unes ayant retenu

[13] PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Éditions Confluences, Bordeaux, 2004, p.17
[14] POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon,* Dalloz, 2003, p.935 « *il existe un lien de filiation de la loi générale à la loi spéciale, que cette dernière prolonge la première ou qu'elle s'en sépare. Dès lors, l'interprète doit nécessairement mesurer leurs rapports et non les considérer comme étrangères l'un à l'autre ; la ratio legis de la loi spéciale ne peut se comprendre que par rapport au droit commun, dont elle résulte* ».

une approche globale de la relation entre le droit commun et le droit spécial[15] et d'autres ayant traité de cette question au travers d'exemples beaucoup plus précis[16].

Deux thèses retiendront particulièrement notre attention en ce qu'elles ont brillamment traité de l'articulation plus précise qu'entretiennent le droit commun et le droit spécial dans le domaine des contrats, celle de Madame le Professeur Charlotte Goldie-Genicon et celle de Madame Julie Bukulin.

08. **Thèse de Madame le Professeur Charlotte Goldie-Genicon**. En substance, la thèse de Madame Goldie-Génicon propose de consacrer une règle de résolution des conflits de normes afin de restaurer une certaine emprise du droit commun en permettant un cumul des droits en l'absence d'incompatibilités[17]. La thèse a été publiée en 2009, soit sept années avant la réforme du droit commun des contrats, et force est de constater que sa proposition n'a pas été entendue par le législateur. La force des travaux de ce Professeur réside dans le fait que son analyse reste toujours aussi pertinente malgré les changements opérés dans le Code civil. Ils nous serviront ainsi de support pour analyser la réforme à la lumière des critiques qui avaient déjà été formulées. Nos travaux permettent ainsi de réactualiser l'analyse opérée entre le droit commun et le droit spécial des contrats, à la suite du renouveau issu de la réforme de 2016.

09. **Thèse de Madame Julie Bukulin.** La thèse de Madame Julie Bukulin est cette fois-ci postérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit commun des contrats et reprend en substance le thème abordé par Madame Charlotte Goldie-Genicon, tout en insistant sur les rapports d'influences réciproques qu'entretiennent le droit commun et le droit spécial des contrats[18]. L'étude est récente mais elle ne prive pas d'intérêt la démonstration que nous souhaitons proposer. En effet, si Madame Julie Bukulin s'attache dans un premier temps à démontrer la porosité du droit commun et du droit spécial, nous partons pour notre part du

---

[15] DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011 ; BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016

[16] GOUEZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, thèse, Paris II, Economica, 2013 ; CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, Dalloz, 2004 ; MAUCLAIR (S*.), Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, Université d'Orléans, 2011 ; JACOMINO (F.), *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Université Côte d'Azur, 2018 ; CHAUDOUET (S.), *Le déséquilibre significatif*, thèse, LGDJ, 2021 ; HAKIM (H.-A.), *Contribution critique à l'étude du déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-1 du Code de commerce*, thèse, Université de Lorraine, 2019.

[17] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.492 et s.

[18] BUKULIN (J.), *L'articulation du droit commun et du droit spécial des contrats. Essai sur le concept « d'influence réciproque »,* Thèse, Université Grenoble Alpes, 2022

postulat que celle-ci est prouvée depuis de longues années. Par ailleurs, étudier l'articulation du droit commun et du droit spécial par le biais des contrats de distribution permet d'apporter un éclairage particulier aux questions qui sont posées. Cet éclairage particulier a d'ailleurs un impact direct sur les conclusions de notre étude, qui sont très éloignées de celles retenues par Madame Julie Bukulin.

B) Le prisme révélateur des contrats de distribution

10. **Le caractère inédit du prisme des contrats de distribution**. Le choix de concentrer notre étude sur les contrats de distribution a été mûrement motivé par le constat d'une influence réciproque assez inouïe ces dernières années entre le droit commun des contrats et le droit spécial des contrats de distribution[19]. Faire des contrats de distribution l'axe principal des recherches permet de souligner les relations d'influences entre ces droits et la prise en compte quasi révolutionnaire des contrats structurellement déséquilibrés au sein du Code civil à l'occasion de la réforme. L'intégration de concepts propres aux droits spéciaux protecteurs au sein du droit commun interroge sur l'utilisation future de ces nouveaux articles. Il paraît dès lors parfaitement à propos de les analyser à la lumière des dispositions de droit spécial dans lequel le législateur est allé puiser. En outre, cette intégration renouvelle les relations entre droit commun et droit spécial en ce que leurs philosophies à l'origine opposées tendent aujourd'hui à se rapprocher.

II. Un phénomène de rapprochement entre deux droits aux philosophies différentes

11. **La convergence de conceptions divergentes.** Les postulats du droit commun et du droit spécial des contrats de distribution reposent sur des conceptions qui étaient à l'origine fondamentalement distinctes. Leurs interactions sont cependant nourries par une inspiration mutuelle et une concurrence féconde a conduit, de manière assez surprenante, à leur rapprochement. Il convient de rappeler les philosophies initiales sous-tendant tant le droit commun des contrats que le droit spécial (A), chacun s'étant construit dans une opposition de valeurs, pour observer la convergence inédite de ces droits autour de la figure des contrats de

[19] FERRIER (N.), HOTTE (S.), « De l'influence du droit des contrats sur le droit des pratiques restrictives de concurrence » in Vers un nouveau droit de la concurrence ? Concurrences n°1-2006, conférence publiée en ligne, p.13 et s. v. § 40 « *Les pratiques restrictives de concurrence* […] *apparaissent non seulement conformes au droit commun des contrats, mais, plus encore, comme de simples « spécifications », en matière de relations commerciales, de règles du Code civil* »

distribution (B).

A) Les philosophies initiales du droit commun et du droit spécial des contrats

12. **Le droit commun, socle du droit des contrats.** Le droit commun constitue un socle, une épine dorsale du droit des contrats[20]. L'imaginaire qui entoure ce droit est souvent celui d'un squelette constituant les fondations autour duquel tout le reste du droit privé s'est construit et organisé[21]. Le caractère commun suppose l'aptitude à régir tous les cas de figure[22]. Le droit commun ne possède pas une définition exacte et il est difficile de parfaitement le délimiter. Ainsi, afin de pouvoir efficacement poursuivre et prolonger les travaux de Madame Charlotte Goldie-Génicon, la notion de droit commun des contrats se fondera sur son approche et couvrira ainsi l'ensemble des dispositions du titre III du livre III du Code civil, complétées par la jurisprudence, judiciaire comme constitutionnelle, qui les a adaptées et enrichies[23]. Il paraît également pertinent de comparer le droit commun dans son état avant la réforme du droit des contrats avec sa forme actuelle.

13. **Le code civil comme référentiel.** Le Code civil, berceau du droit commun, demeure le référentiel indispensable à toutes les matières du droit privé, lesquelles peuvent aisément y puiser des réponses en cas de lacunes. Cette philosophie universaliste est indissociable de ses rédacteurs, tels que Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu ou Maleville, présentés comme des savants ayant été investis d'une mission, celle de dépasser leurs ambitions personnelles pour permettre « *une élaboration* (du droit) *progressive, permanente, sans cesse renouvelée* »[24]. Les rédacteurs du Code civil avaient à l'esprit que les lois qui allaient présider à son élaboration devaient avoir pour unique objectif de tracer un chemin à suivre pour les contrats et faire preuve de sobriété. Ainsi est-ce la pratique qui forge le droit et non l'inverse[25]. Cette œuvre a porté ses

[20] MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des contrats », Dalloz, 2015, p.816

[21] LUCIENNE (L.), *Specialia generalibus derogant*, thèse, éd mare & martin, 2023, n°339 ; DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°7 ; LEFEBVRE (J.), *Le squelette de la loi. Quelques remarques sur le negotium et l'instrumemtum,* in Le titre préliminaire du Code civil, dir. FAURE (G.) et KOUBI (G.), Economica, 2003, p.41-57 ; GOLDIE-GENICON (Ch.), C*ontribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, thèse*, LGDJ, 2009, n°108

[22]BALAT. (N.), Essai sur le droit commun, thèse, LGDJ, 2016, n°63

[23] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.12

[24] ATIAS (C.), « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », in colloque, *Les penseurs du Code civil*, Histoire de la justice, 2004, p. 113

[25] TUNC (A.), « La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », Revue internationale de droit comparé, 1975, p.826

fruits, puisque pendant plus de deux siècles, le droit commun a perduré sans qu'aucune réforme d'ampleur ne vienne le modifier.

14. **Le droit spécial, incarnation de la diversité des contrats.** Si le Code civil représente le socle, l'unité de référence, le droit spécial incarne à l'inverse la fragmentation et la multitude. Cette diversité est liée à la vocation même du droit spécial qui vise à régir des situations particulières. La richesse et la vivacité du phénomène contractuel actuel provoquent une démultiplication des contrats spéciaux. Ainsi le droit commun est-il au contact d'une nébuleuse de droits spéciaux. Le domaine d'application des règles de droit spécial est limité puisque, contrairement au droit commun, la règle de droit spécial n'est pas supposée agir en dehors du domaine d'intervention pour lequel elle a été créée.

15. **Les contrats « *très spéciaux* ».** A côté des dispositions spéciales contenues au sein du Code civil, connues sous le vocable de « contrats spéciaux » et contenues au sein du titre III du Livre III, se sont multipliées au cours des cinquante dernières années de nouvelles branches, telles que le droit du travail, le droit de la consommation ou le droit des contrats d'affaires, conduisant parfois à parler de contrats spéciaux et de contrats « très spéciaux »[26]. En effet, si les contrats spéciaux du Code civil respectent des fondements tels que la liberté contractuelle, les contrats « très spéciaux » sont fortement encadrés, réduisant la marge de négociation des parties afin de protéger, par exemple, les travailleurs ou les consommateurs. D'aucuns voient dans cette prolifération des statuts spéciaux un mouvement naturel[27] conduisant à un recul du droit commun face aux revendications d'autonomie des disciplines juridiques spécialisées[28]. Ce phénomène soulève la question de savoir si le droit commun n'occuperait pas aujourd'hui seulement une place résiduelle, ne venant que combler les rares absences du droit spécial.

16. **La conception du droit spécial retenue.** Il est aujourd'hui courant de parler de droit spécial des contrats, qui peut être défini comme *« les dispositions propres à chaque contrat ou à chaque catégorie de contrat »*[29] . Si la philosophie du droit spécial repose sur son adaptabilité

[26] BALAT (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », Dalloz, 2015, p.699

[27] MAUCLAIR (S.), *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, 2011, n°14

[28]OPPETIT (B.), Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain, mélanges dédiés à HOLLEAUX (D.), Litec, 1990, p.320

[29] COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUES (Ph.), BUCHER (C.-E.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 12e éd, 2023, p.3

à chaque situation, ce qui en fait sa force et la richesse de son développement, cette adaptabilité en constitue aussi la principale faiblesse. Là où le droit commun exprime la permanence, le droit spécial représente l'éphémère[30]. Notre étude se limite principalement à un type de contrat spécial[31], celui des contrats de distribution. Cependant, lorsque nous évoquerons les contrats spéciaux dans leur ensemble, nous ferons référence plus largement aux concepts qui forgent les contrats spéciaux, la notion pouvant s'étendre au-delà du cadre du droit spécial du Code civil.

17. **Un corps de règles éparses.** A ce jour, il n'existe pas, à proprement parler, de droit spécial de la distribution, au sens d'un corpus de règles ou d'un Code exclusivement consacré à ces contrats. Le Code de commerce est ainsi devenu peu à peu le berceau de la réglementation spéciale s'appliquant aux contrats de distribution. Certaines de ces règles ont été prévues pour s'appliquer aux contrats de distribution et demeurent cantonnés à ce domaine aujourd'hui. Ainsi en est-il par exemple de la loi Doubin destinée à renforcer l'information précontractuelle des contractants, ou encore de la loi Macron, qui prévoit la possibilité de rendre des contrats indivisibles pour éviter qu'un contractant ne se retrouve prisonnier de son engagement par le jeu d'échéances contractuelles distinctes. Une autre logique préside à la réglementation des pratiques restrictives de concurrence. Ces mesures ont été introduites, non pas pour réguler les pratiques anticoncurrentielles affectant le marché dans son ensemble, mais pour corriger les déséquilibres dans les relations asymétriques entre professionnels. Cet abandon de la logique de marché a pu dès lors être interprétée comme une volonté de venir épauler le droit commun dans sa volonté de protection de la partie faible[32]. Ainsi, même si elles ne concernent pas exclusivement les contrats de distribution, les pratiques restrictives de concurrence ont été principalement élaborées à leur intention[33]. Il est donc essentiel de les intégrer dans le champ

[30] COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUES (Ph.), BUCHER (C.-E.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 12e éd, 2023, p.4.

[31] Qui est un particulièrement bon exemple du caractère éphémère du droit spécial CABINET (G.), « L'histoire sans fin des lois éphémères (ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution), in *Mélange en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p.69.

[32] ROCHEFELD (J.), « A la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats : l'apport des pratiques restrictives de concurrence », Revue juridique de l'Ouest, 2004, p. 477 ets. « *En abandonnant la condition d'un effet anticoncurrentiel des abus commis, le droit de la concurrence, délaisse davantage qu'une condition. En premier lieu, il abandonne son objectif spécifique : la stricte défense d'une saine concurrence. Il adopte clairement une visée nouvelle : le rétablissement d'un équilibre dans les rapports de partenaires en position de force inégales sur un marché. Ce faisant, il se range à une optive civilise et à ses préoccupations de protection de la partie faible* ». ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », in Colloque, *d'une réforme à l'autre : les mutations du droit de l'entreprise,* RLDA, 2/2010

[33] CHAGNY (M.), « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », Revue des contrats, 2004, p.861 ; CHAGNY (M) « Propos introductifs », in Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence, Revue Lamy Droit des affaires, 2013, suppl. au n° 83. L'auteur rappelle ainsi que les pratiques restrictives « *ont été conçues en considération des relations de distribution* », spéc. n° 4.

de notre étude afin de pouvoir les confronter aux dispositions issues de la réforme du droit commun des contrats.

18. **Illustrations.** S'agissant de l'obligation d'information précontractuelle, l'article L.330-3 du Code de commerce (issu de la loi Doubin) devra être mis en regard de la nouvelle obligation générale de l'article 1112-1 du Code civil. En matière d'indivisibilité contractuelle, l'article L341-1 du Code de commerce pourra être confronté à l'article 1186 du Code civil. Pour ce qui concerne l'absence de contrepartie, l'article L442-1, I. 1° du Code de commerce sera rapproché de l'article 1169 du Code civil.
La notion de déséquilibre significatif impliquera une analyse de l'article L442-1, I, 2° du Code de commerce au regard de l'introduction de cette notion en droit commun, prévue à l'article 1171 du Code civil. S'agissant de la rupture brutale des relations commerciales établies, l'article L442-1, II, du Code de commerce devra être mis en parallèle des articles 1210 et 1211 du Code civil. En matière d'abus de dépendance économique, l'article L420-2 du Code de commerce sera comparé à l'article 1143 du Code civil. La révision pour imprévision appellera que l'article L441-8 du Code de commerce soit confronté à l'article 1195 du Code civil.
Cette démarche permettra de mettre en lumière les interactions, convergences et éventuelles divergences entre le droit spécial et le droit commun des contrats, contribuant ainsi à une meilleure compréhension de leur articulation.

B) Une convergence des droits autour de la figure particulière des contrats de distribution

1) Les particularités des contrats de distribution

19. **Un droit protéiforme.** Le droit des contrats de distribution est original puisqu'il s'agit d'un droit protéiforme[34] au confluent de plusieurs droits[35], ce qui le rend difficile à définir[36].

[34] VOGEL (L.), VOGEL (J.), *les fondamentaux du droit de la distribution,* Lawlex, Bruylant, 2e éd, 2020, 1, p9-10 « *il n'existe pas un, mais plusieurs droits de la distribution, en fonction du périmètre retenu* ».
[35] BUY (F.), LAMOUREUX (M.), RODA (J.-Ch.), Droit de la distribution, 2e éd, LGDJ, 2019, p. 23 selon les auteurs, le droit de la distribution ne serait qu'un « *agrégat de droits, un carrefour de plusieurs disciplines fondamentales comme le droit de la concurrence, le droit des contrats ou encore le droit de la consommation* ». Les auteurs insistent d'ailleurs par la suite sur le fait que l'expression « droit de la distribution » n'est pas présente dans tous les pays. Certains systèmes juridiques étrangers préfèrent étudier chaque forme que peut revêtir ces contrats, de manière compartimentée.
[36] MOUSSERON (J.M.), BURST (J.J.), CHOLLET (N.), LAVABRE (Ch.), LELOUP (J.-M.), SEUBE (A.), *Droit de la distribution*, Litec 1975.

20. **Définition.** La distribution a néanmoins pu faire l'objet de la définition doctrinale suivante, comme « *l'ensemble des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits ou des services auprès de distributeurs et de consommateurs professionnels ou non professionnels »*[37].

21. **L'expansion des contrats de distribution.** A partir de la seconde moitié du XXe siècle, la fonction de distribution va fortement évoluer avec l'avènement de la grande distribution[38] et va connaître par la suite une expansion significative, donnant lieu à une pluralité de formes contractuelles partageant des caractéristiques communes : une relation commerciale durable fondée sur un *intuitu personae* fort, organisée autour de contrats-cadres. Ces relations sont souvent marquées par des déséquilibres entre les parties[39] que le droit a tenté de corriger[40].

22. **L'identification difficile de la partie faible.** Une difficulté particulière s'invite dans le droit de la distribution : contrairement au droit du travail où la partie réputée faible est facilement identifiable – puisqu'il s'agit toujours du salarié – au sein des contrats de distribution, elle change au gré des situations. Ainsi, à titre d'exemple, d'un point de vue historique, ce sont les grands distributeurs qui vont les premiers réclamer une protection contre les producteurs, qui leur refusaient la vente de leurs produits afin de ne pas fragiliser les réseaux traditionnels et de protéger les marques contre des pratiques de prix dévalorisantes. Par la suite, ce sont les petits distributeurs qui ont souhaité être protégés contre la concurrence âpre de la grande distribution. Puis, ce sera au tour des producteurs de solliciter le bénéfice d'une protection afin de pouvoir accéder « aux linéaires » des grands distributeurs[41].

23. **Forme de contrat de distribution retenue.** Parmi la multitude de contrats de distribution existants, notre étude se concentrera sur les principales formes : le contrat d'approvisionnement exclusif, le contrat de concession, le contrat de franchise et le contrat de distribution sélective. Ces catégories ont été retenues en raison de leur prépondérance économique et juridique ainsi qu'en raison de leur caractère structurant dans les relations

---

[37] FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 10e éd, LexisNexis, 2023, p.7.
[38] ARCELIN-LECUYER (L.), *Fiches de Droit de la distribution*, édition ellipses, 2012, p.7.
[39] HOUTCIEFF (D.), *Droit commercial,* Sirey, 5e éd, 2022, n°1123 et s. ; MAINGUY (D.), Contrats spéciaux, Dalloz, 13e éd, 2022, n°462 et s. VIRASSAMY (G.), « Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », LDGJ 1986; CHAZAL (J-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1996.
[40] BEHAR-TOUCHAIS (M.), VIRASSAMY (G.), *traité des contrats, les contrats de distribution,* LGDJ, librairie Générale de Droit et de jurisprudence, EJA, 1999, p. 2 et s.
[41] FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 10e éd, LexisNexis, 2023, n°47 et s.

commerciales. Elles forment une sorte de tronc commun des contrats de distribution. L'objectif est d'obtenir une vision globale des relations entre droit commun et droit spécial pour en brosser le portait le plus représentatif. En revanche, notre étude ne traitera pas des contrats soumis à un droit spécial de protection tels que les contrats de VRP, d'agence commerciale, de mandat ou de courtage. Ces contrats font l'objet de règles protectrices parfois très spécifiques, comme celles issues du droit du travail. Leur inclusion risquerait de fausser les termes de la comparaison et d'apporter une complexité inutile, c'est-à-dire ne contribuant pas à éclairer davantage les termes du sujet. Surtout, les contrats retenus présentent la particularité de relever exclusivement (du moins à l'origine) du droit commun des contrats alors qu'un besoin de protection a vite été ressenti. C'est au prix de certaines déformations d'origine prétorienne qu'une protection a pu être mise en place au service de la partie faible. La réforme récente du droit commun des contrats a rendu partiellement inutile ces déformations tout en créant une concurrence nouvelle avec certains dispositifs spéciaux que le législateur avait fini par adopter (loi Doubin, loi Macron, etc.). En définitive, les contrats retenus ont été le théâtre, bien davantage que ceux exclus, de mouvements très intéressants de divergence, de rapprochement, de convergence voire de concurrence entre droit commun et dispositions spéciales ; raison pour laquelle nous avons choisi d'en faire l'objet principal de nos recherches.

2) La convergence des droits au service de l'encadrement des contrats de distribution

24. **Un type de contrat en évolution nécessitant une adaptabilité du droit.** Les contrats de distribution, profondément déséquilibrés, ont nécessité une adaptation du droit commun en l'absence de règles spéciales venant les réglementer. Si le droit commun fondé sur la généralité ne disposait pas des outils nécessaires à ce rééquilibrage, les juges n'ont pour autant pas « *pu résister à la demande de réduction du déséquilibre structurel permis par une mise en œuvre de la théorie générale détournée de sa rationalité* » [42]. C'est ainsi que, pour répondre à cette problématique de déséquilibre, les juges ont mobilisé des notions telles que la bonne foi, les suites du contrat au sens de l'ancien article 1135 du Code civil, la cause, la violence, voire l'erreur[43].

Cette évolution a été rendue nécessaire par l'échec des tentatives de réglementation spécifique du droit de la distribution depuis le début des années 1970. Par conséquent, les juges ont

[42] REVET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », Recueil Dalloz, 2015 p.1217
[43] MAINGUY (D.), « Contenu des contrats de distribution et pouvoirs du juge », in *Réforme du droit commun des contrats et droit de la distribution, RLDA, Juill.-août 2016, n°5969.*

continué de s'appuyer sur un droit commun malléable pour apporter davantage d'équité à l'intérieur de ce type de contrats. Le droit de la distribution est encore une matière « *jeune* » dont les mutations sont à la fois rapides et permanentes[44]. Les évolutions sont ainsi assurées par la jurisprudence, ce qui donne à la matière cette dimension vivante. Le droit spécial s'est ensuite étoffé pour essayer de venir protéger la partie faible, puis la réforme du droit des contrats s'est à son tour inspirée du droit spécial et a fait remonter au sein du droit commun la problématique des contrats structurellement déséquilibrés.

25. **Un nouvel équilibre des droits à rechercher.** Les dispositions spéciales propres aux contrats de distribution ont sans doute inspiré les plus grandes innovations attachées à la réforme du droit commun des contrats[45]. Longtemps propre au droit des contrats spéciaux, l'objectif de protection de la partie faible est désormais partagé avec le droit commun. L'introduction de la logique des contrats déséquilibrés au sein du droit peut laisser imaginer une nouvelle vision des rapports de force dans les contrats. Ainsi, la protection de la partie faible si chère au droit de la distribution est peut-être devenue la véritable clé de voûte de cette réforme. Il convient dès lors de se demander si cette nouvelle vision du droit commun va entraîner de profonds changements sur le droit applicable aux contrats de distribution et sur les relations entretenues avec les dispositions spéciales[46].

26. **Limites.** Si les notions que partagent désormais droit commun des contrats et droit spécial de la distribution sont souvent similaires, elles conservent des divergences dans leurs définitions, leurs conditions d'application ainsi que les sanctions qui y sont attachées.

---

[44] MAINGUY (D.), « Faut-il brûler le droit de la distribution ? » , Recueil Dalloz, 2013, p.1222

[45] MAETZ (C.-A.), « Réforme du droit des obligations et droit de la distribution », in *Influence de la réforme du droit des obligations*, Dalloz, 1er éd, 2018, n°11-11 « *Le droit de la distribution est, par essence, un droit de l'équilibre, voire un droit d'équilibristes. L'influence du droit de la distribution – qui éprouve depuis longtemps le devoir d'information précontractuelle, l'abus de dépendance économique, l'encadrement des clauses créant un déséquilibre significatif, l'encadrement de la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadre, les clauses de renégociation – sur le droit commun des contrats tel qu'il résulte de la réforme est alors évidente et pour ainsi dire frappante* ».

[46] LEMAY (P.), « Questions de stratégie : mobilité l'entrée dans le réseau de distribution », in colloque *Réforme du droit commun du contrat et droit de la distribution*, Lille, Lamy, RLDA, N°117, 2016; LECLERC (F.), « Quel impact est susceptible d'avoir la réforme du droit des contrats sur les effets des contrats de distribution », in *Contrats de distribution et réforme du droit des contrats : perspectives nouvelles*, Dalloz, AJ contrat, Mai 2017, l'auteur suggère que si la réforme semble au premier abord avoir un impact limité sur les contrats de distribution, elle en a finalement un bien plus profond à y regarder de plus près.

Il va forcément résulter de ces différences une concurrence entre les textes de la réforme et les textes de droit spécial. Dès lors, la question de l'équilibre des droits et de leur articulation en ressort bouleversée et devient essentielle.

III. La démarche de recherche

27. **Plan.** L'étude de l'articulation du droit commun et du droit spécial des contrats, initiée par la nécessaire analyse chronologique de leurs rapports d'influences réciproques (A), a conduit à une analyse critique de la prise en compte actuelle de la question de l'articulation (B).

A) Méthode chronologique

28. **Une analyse dans le temps.** Afin de mieux appréhender les relations entre le droit commun des contrats et le droit spécial des contrats de distribution, le choix a été fait d'adopter une approche chronologique de l'évolution de ces rapports. Cet axe de recherche a pour objectif de proposer un cheminement de pensée clair et méthodique pour mieux appréhender les enjeux actuels et futurs autour de l'articulation de ces droits. Elle permet également non seulement de mieux comprendre les évolutions passées, mais également d'identifier les ajustements nécessaires pour répondre aux exigences des relations commerciales modernes.

29. **Difficultés**. Toutefois, une telle approche ajoute une complexité supplémentaire à la recherche. Outre les risques d'anachronisme, les règles applicables aux contrats de distribution émanent d'une pluralité de sources et s'inscrivent dans une multiplicité de régimes juridiques, rendant leur étude dans le temps particulièrement exigeante. Elle impose ainsi d'analyser les évolutions progressives du droit commun et du droit spécial de la distribution en tenant compte des réformes successives ayant impacté ces deux ensembles normatifs. A titre d'exemple, les très nombreuses réformes connues par les pratiques restrictives de concurrence ces dernières années, et leur complexité illustrent bien la complexité du travail de recherche. Par ailleurs, il est impératif de rester concentré sur l'objet principal de l'étude afin d'éviter le risque d'une dispersion analytique. Le cadre de la réflexion doit rester axé sur l'articulation du droit commun et uniquement du droit spécial des contrats de distribution. Ce choix permettra de mieux mettre en lumière l'influence significative que celui-ci a exercé ces dernières années sur le droit commun.

B) Analyse critique

30. **Un désintérêt pour la technique d'articulation**. Cette étude aura également pour objectif de prouver que la technique de l'articulation des textes entre droit commun et droit spécial n'apporte toujours pas satisfaction. Pire, elle semble être une question totalement délaissée par le législateur. Avant la réforme du droit commun des contrats, il ressortait de toutes les études majeures citées précédemment concernant l'articulation du droit commun et du droit spécial un même constat : l'adage *specialia generalibus derogant* est insuffisant pour organiser les rapports entre droit commun et droit spécial.

Lors de la réforme du droit commun des contrats, le législateur semble pourtant avoir ignoré les critiques formulées par la doctrine en délaissant la question de l'articulation des normes. Ainsi, lorsque l'ordonnance n'était encore qu'au stade de projet, aucun des rédacteurs n'avait prévu d'article organisant les relations entre droit commun et droit spécial au sein du Code civil. Pire, le seul article issu des anciennes dispositions du Code civil qui traitait de la question de l'articulation avait disparu.

Pour le Professeur Yves Lequette, la suppression de ce texte revenait à faire disparaître tout lien entre droit commun et droit spécial et par conséquent à ôter au Code civil son statut de « *Code de référence* »[47]. Il faudra que de vives critiques de la part de la doctrine se fassent entendre pour que l'article soit par la suite réintégré, imparfaitement, au sein de l'article 1105 du Code[48].

31. **Critique de l'article 1105 du Code civil.** Cet article reprend en substance le fameux adage *specialia generalibus derogant* selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales. Or, le danger d'un tel article réside dans le fait qu'il masque la problématique de l'articulation des contrats sous le voile d'une simplicité apparente sans pour autant contribuer à enrichir et préciser l'adage[49].

Surtout, le texte peut laisser croire que, chaque fois qu'une règle générale rencontre une règle spéciale, elle est automatiquement évincée par cette dernière. La réalité est pourtant bien plus subtile et de nombreux critères doivent être combinés qui constituent autant de difficultés à résoudre. La primauté du droit spécial sur le droit commun est loin d'être une évidence. La

[47] LEQUETTE (Y.), « y aura-t-il encore en France l'an prochain, un droit commun des contrats ? », Lextenso, RDC, 2015, p.616, n°112a2

[48] BALAT (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », Dalloz, 2015. p.699 ; BLANC (N.), « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? » Lextenso, RDC 2015. P.810

[49] LARDEUX (G.), « « *specialia generalibus derogant* » ou la simplicité apparente des fausses évidences », Lextenso, RDC 2008, p.1251, n°4

doctrine est d'ailleurs, dans sa grande majorité, favorable à un cumul des droits lorsqu'ils expriment un objectif commun et qu'ils ne présentent pas de contradictions[50]. Le rapport du Président de la République sur l'ordonnance de 2016 semblait également s'inscrire dans cette direction lorsqu'il énonçait que « *les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celle résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation* ».[51].

32. **Vers une subsidiarité systématique du droit commun.** Il appartiendra également de démontrer que l'orientation actuelle qui semble être prise par les juges et le législateur tend à une subsidiarité systématique du droit commun des contrats, qui n'est pas sans risque.

33. **Les risques de la subsidiarité systématique du droit commun.** D'abord, une subsidiarité systématique du droit commun mise en place par les juges, si elle devait se confirmer, serait regrettable pour le rayonnement du droit commun puisqu'il n'interviendrait plus qu'en creux, c'est-à-dire en cas d'absence totale de droit spécial. Elle serait également préjudiciable pour les justiciables, puisque le cumul entre droit commun et droit spécial revient à ne pas leur confier toutes les armes juridiques disponibles pour se défendre. Ensuite, notre étude cherchera à démontrer qu'il existe des hypothèses dans lesquelles le droit commun peut se révéler plus favorable au justiciable que le droit spécial. Dans ces circonstances, il semble difficilement acceptable de ne pas permettre aux parties à un contrat ne pas pouvoir bénéficier de la meilleure protection. Enfin, une telle subsidiarité entraînerait un déséquilibre dans la coexistence du droit commun et du droit spécial qui n'est pas souhaitable.

---

[50] LEQUETTE(Y.), TERRE(F.), SIMLER(Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* Dalloz, 13e éd, Précis, 2022, p.134 ; GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009 ; MAETZ (C.-A.), « Réforme du droit des obligations et droit de la distribution », in *Influence de la réforme du droit des obligations*, Dalloz, 1er éd, 2018, n°11-16 ; BOSCO (D.), « Réforme du droit des obligations et pratiques restrictives : observations sur la question des « clauses abusives » », in *Influence de la réforme du droit des obligations*, Dalloz, 1er éd, 2018, n°2.26 ; BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°169 et s. ; BALAT (N.), « Une utilisation discutable de l'intention du législateur et de l'adage *specilia generalibus derogant* au secours de l'articulation des textes sur les clauses abusives », Revue des contrats, n°03, 2022, p.89 ; BUKULIN (J.), *L'articulation du droit commun et du droit spécial des contrats. Essai sur le concept « d'influence réciproque »,* Thèse, Université Grenoble Alpes, 2022, n°931 et s. ; « La réforme, le droit de la consommation et le droit de la distribution », Revue des contrats, 2022, p.139

[51] Rapport au président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

34. **La recherche préférable d'une complémentarité des droits.** Pour proposer cette nouvelle complémentarité des droits, l'étude se concentrera sur l'importance de deux acteurs majeurs : le juge et le législateur.

35. **Le juge.** Le juge est sans doute le premier protagoniste auquel il est naturel de penser puisque c'est lui qui, depuis l'avènement du Code civil en 1804, s'est à la fois chargé de faire évoluer les textes par son interprétation et d'en assurer l'articulation avec le droit spécial.
L'un des objectifs affichés par la réforme était pourtant que le législateur reprenne la main face au pouvoir interprétatif de la jurisprudence, qui pouvait dénaturer les textes par le biais d'une interprétation jugée parfois trop extensive. Il pouvait donc sembler logique que la réforme vienne délimiter le champ d'action du juge en lui laissant moins de marge de manœuvre, dans le respect des textes et de la volonté du législateur.
La réalité est toute autre puisque puisqu'au regard de la doctrine, les juges ont endossé l'un des premiers rôles à la suite de la réforme[52]. Cette place centrale se traduirait notamment au travers du nombre de standards juridiques très importants contenus dans celle-ci. Ces standards sont des notions vagues qui laissent une grande marge de manœuvre dans l'interprétation des magistrats[53]. C'est d'ailleurs souvent par le biais des standards que l'ancien droit commun des contrats avait été, pendant un temps, déformé par les juges à des fins de protection.
A cela s'ajoutent des textes induisant une forte immixtion des juges dans les contrats, comme la possibilité de remettre en cause les clauses abusives dans les contrats d'adhésion[54], la possibilité de sanctionner par la nullité l'obtention d'un avantage manifestement excessif, la sanction l'abus d'un état de dépendance[55] ou encore l'admission de la révision pour imprévision[56].
Ces mécanismes partagent le même objectif d'assurer une meilleure protection de la partie faible[57]. Le législateur semble accorder sa confiance aux juges pour garantir l'équité du contrat

---

[52] MAZEAUD (D.), « La place du juge en droit des contrats », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, Lextenso, RDC, 2016, p.353
[53] AYNES (L.), « le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », Lextenso, RDC, 2016, hors-série, p.14 ; BROS (S.), « les standards dans la réforme du droit des contrats : entre tradition et innovation », in *les innovations de la réforme du droit des contrats*, institut Universitaire Varenne, Collection Colloque & Essais, LGDJ, Lextenso éditions, 2018, p. 27 et s. ; BARBIER (H.), « les grands mouvements du droit des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », Dalloz, RTD civ, 2016, p.247 et s. ; BLANC (N.), « le juge et les standards juridiques », Lextenso, RDC, hors-série, p.394, STURLESE (B.), « le juge et les standards juridiques », Lextenso, RDC, hors-série, p.398; MAINGUY (D.) « Loyauté et droit des contrats en droit privé », in PETIT (F.) (dir**.),** *Droit et loyauté,* Dalloz, 2015, p. 5.
[54] C.civ., Article 1171
[55] C.civ., Article 1143
[56] C.civ., Article 1195
[57] VIGNEAU (V.), « Un nouvel espace pour le droit des affaires », in *un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires*, Lextenso, Gaz. Pal., hors-série n°3, Lextenso, p.23 et s. pour un constat sur la place du juge dans le contrat : « *depuis 40 ans désormais, le juge s'est accoutumé à ce qu'on ne lui demande plus seulement*

en mettant à leur disposition des instruments puissants. Paradoxalement, le juge ressort donc comme un acteur de premier plan de la réforme.

36. **Le législateur.** Il est sans doute plus étonnant d'évoquer le législateur. En effet, il est finalement intervenu très récemment pour adopter une réforme d'ampleur du droit commun des contrats en 2016 suivie d'une ratification en 2018, ayant porté à cette occasion des modifications au texte initial. Pourtant, deux raisons nous conduisent à lui. La première est qu'il semble être passé totalement à côté de la question de l'articulation des normes. Lors de l'élaboration de l'ordonnance, il semble avoir négligé ce point central de notre ordonnancement juridique, alors même que le rapprochement des droits la rendait plus impérieuse encore. Plus grave, l'article 1105 du Code civil finalement adopté (à la dernière minute[58]) pose sans doute plus de problèmes qu'il n'en résout.

La seconde raison réside potentiellement dans la possibilité de réorienter les juges dans leur interprétation de la réforme. En effet, après presque dix années depuis la publication de l'ordonnance, l'analyse des décisions rendues laisse entrevoir un juge ne faisant qu'un usage très limité des outils qui lui ont été confiés. A cela s'ajoute une articulation douteuse des normes semblant prendre l'orientation d'une subsidiarité systématique du droit commun.

Ainsi, si les juges perdurent sur la route qu'ils ont commencé à emprunter, seul le législateur sera en mesure de leur indiquer une nouvelle orientation plus favorable à la protection de la partie faible et redonnant ses lettres de noblesse au droit commun.

37. **Visée de cette étude**. L'objectif de cette thèse est de réussir par sa démonstration chronologique à démontrer les bénéfices du rapport d'influence réciproques qu'entretiennent le droit commun et le droit spécial des contrats de distribution depuis de nombreuses années.

La question de l'articulation des droits a été traitée de manière opportune par les juges jusqu'à la réforme du droit commun des contrats. Depuis la publication de la réforme et sa ratification, la solution d'articulation dégagée par le législateur et les juges n'apparaît pas du tout satisfaisante. Il est donc impératif d'essayer de proposer des clés pour que ces deux droits puissent continuer à prospérer de concert vers un objectif commun.

---

de juger le passé mais aussi de préparer l'avenir et de rétablir la balance au profit de la partie faible. Plus uniquement arbitre impartial devant trancher entre deux plaideurs, le magistrat est devenu aussi ce qu'on appelle parfois un "régulateur ».

[58] Rappelons encore une fois que le législateur n'a intégré un article traitant de l'articulation qu'à la suite des signaux d'alarme de la doctrine. Cela laisse présager, qu'il a donc manqué d'une réflexion d'ensemble et approfondie sur la question.

38. **Un point d'équilibre.** Aux cours des dernières années, droit commun et droit spécial ont évolué en s'alimentant mutuellement dans une dynamique de saine compétition, alternant entre opposition et complémentarité autour d'un objectif commun : la protection de la partie faible. Toutefois, ce rapprochement, bien qu'il présente des vertus indéniables, n'est pas sans risque. A force de se calquer l'un sur l'autre, chacun de ces droits pourrait perdre sa singularité et, par conséquent, son utilité propre. La conséquence serait alors que l'un des deux droits se retrouve progressivement cannibalisé et relégué systématiquement au second plan. La relation droit commun et droit spécial repose sur un équilibre délicat qu'il est essentiel de préserver. C'est en effet cette émulation constructive qui a permis et permettra à notre droit d'évoluer et de s'adapter aux réalités juridiques contemporaines. Pour assurer cet équilibre, la question de l'articulation entre les normes devient un enjeu primordial.

39. **Plan général**. Il conviendra dans un premier temps d'étudier le mouvement de convergence du droit commun des contrats et du droit spécial de la distribution autour de l'objectif de protection de la partie faible (Partie 1), avant d'envisager l'organisation d'une véritable coexistence de ces droits pour assurer cet objectif (Partie 2).

PARTIE 1 : LE MOUVEMENT DE CONVERGENCE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS ET DU DROIT SPECIAL DE LA DISTRIBUTION AUTOUR DE L'OBJECTIF DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

TITRE I : LA TENTATION DE LA DEFORMATION DU DROIT COMMUN EN L'ABSENCE DE DROIT SPECIAL

40. **La tentation de la déformation du droit commun.** Par définition la tentation est une impulsion qui pousse au péché[59]. Ce mot résume bien la situation à laquelle les juges français ont été confrontés. En l'absence de réaction du législateur, les juges ne disposaient que du droit commun pour pouvoir encadrer les excès que la figure nouvelle des contrats de distribution pouvaient inspirer. Le droit commun de 1804 fondé sur la liberté et le dogme de l'autonomie de la volonté, n'avait pas réellement été pensé pour régir des contrats structurellement déséquilibrés[60]. Il était donc tentant de déformer en donnant parfois aux textes une interprétation bien éloignée de celle qui avait été voulue à l'origine par le législateur. Ainsi, pour mieux comprendre ce mouvement qui a eu un impact retentissant sur le droit commun des contrats, il est intéressant d'en étudier les raisons (chapitre 1) avant d'en analyser les manifestations concrètes (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les raisons de la tentation de déformation du droit commun

41. **L'apparition progressive de nouveaux types de contrats.** Au cours du XIXe siècle, la société va connaître de grands bouleversements en raison de son industrialisation. Aux côtés de la figure classique des contrats de gré à gré et réputés équilibrés vont apparaître de nouvelles formes de contrats dans lesquels l'une des parties est en position de force : le contrat d'adhésion, le contrat de consommation, le contrat de travail ou plus particulièrement la figure du contrat de distribution.

42. **Un dualisme.** Vont alors s'affronter deux visions du contrat. D'un côté, les partisans de la liberté contractuelle considèrent le contrat comme un instrument au service des contractants, conception dont les aspirations vont se cristalliser autour du principe de l'autonomie de la volonté (Section 1). De l'autre, les tenants d'une vision plus sociale militent pour un droit plus

[59] *Dictionnaire Larousse*, 2025, V. Tentation
[60] REVET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », Recueil Dalloz, 2015

protecteur de la partie faible en réaction à la naissance des contrats structurellement déséquilibrés (Section 2).

Section 1 : Le postulat de l'autonomie de la volonté

43. **Présentation.** Notre Code civil est né en 1804 bien avant l'avènement des contrats de distribution, tout au moins tels qu'ils se présentent aujourd'hui. Il a été influencé par les thèses individualistes et libérales ayant donné naissance à l'autonomie de la volonté. Autour de cette théorie va s'ériger un certain nombre de règles et de principes participant de la construction de notre droit des contrats. L'analyse de la doctrine démontre que le concept de l'autonomie de la volonté est relativement récent dans l'histoire du droit privé[61]. Il s'incarne dans la rencontre des volontés libres se liant pour créer des effets de droit (Paragraphe 1). Il fait du contrat la chose des parties. Les juges ne se résumeraient alors qu'à n'être que de simples scrutateurs, veillant au respect de ce que les parties ont réellement souhaité mettre en œuvre (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un principe liant les parties par leur volonté

44. **Annonce de plan.** L'autonomie de la volonté peut se définir comme le pouvoir de la volonté de se donner sa propre loi. Cette formule est née d'un concept purement doctrinal apparu à la fin du XVIIIe siècle et dont le rayonnement dominera la pensée juridique du XIXe siècle[62] (I). Cette doctrine va marquer la philosophie de la théorie générale du droit de son empreinte. Plusieurs principes cadres de notre droit civil en découlent et demeurent des références (II).

I. La naissance de l'autonomie de la volonté

45. **Une autonomie historiquement absolue.** L'autonomie de la volonté serait un héritage de la pensée philosophique des Lumières d'Emmanuel Kant. Pourtant, il semblerait que ce soit davantage la thèse d'Emmanuel Gounot, parue en 1912[63], qui ait véritablement mené ce

[61] CHENEDE (F.), « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », Annuaire de l'institut Michel Villey, 2012, p. 164.
[62] RANOUIL(V.), *L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept,* Paris, PUF, 1980.
[63] GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912.

principe à la postérité. Cela est d'autant plus paradoxal que l'auteur cherchait en réalité à combattre cette théorie, en la systématisant parfois, de manière un peu outrancière[64]. Selon cette théorie, dans sa vision la plus libérale et dogmatique, la rencontre de la volonté des parties serait suffisante pour former le contrat[65]. Le contrat n'aurait besoin d'aucune norme. Ainsi, les individus pourraient déterminer leur propre loi et c'est de leurs volontés que le contrat tirerait sa force contraignante[66].

Par prolongement, seules les obligations voulues par les parties s'imposeraient à elles. Toute autre obligation – extérieure – qui chercherait à s'imposer à elles serait illégitime.

Une telle acception étendue de l'autonomie de la volonté, dans sa forme la plus absolue, affranchirait le contrat de la loi.

46. **Une autonomie nuancée.** Pourtant, l'analyse littérale de l'article 1134 alinéa 1er ancien du code civil[67] en vertu duquel « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », démontre que les rédacteurs du code ont souhaité permettre à la volonté de produire des obligations seulement si la loi l'y autorise.

Cela n'a pas empêché de nombreux auteurs de dénoncer et écarter les excès de cette théorie[68].

47. **Une autonomie prépondérante mais limitée.** Ainsi, la fin du XIXème siècle marque un renouveau de la pensée de l'autonomie de la volonté. Celle-ci ne peut être l'expression d'une totale autonomie, puisqu'elle doit être fondée sur le respect de la loi[69]. Elle est notamment

---

[64] CHENEDE (F.), « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », Annuaire de l'institut Michel Villey, 2012, p. 164. « *La tactique, classique, employée par Emmanuel Gounot, caricaturer pour mieux combattre, […], n'a nullement porté ses fruits. Il souhaitait abattre la théorie de l'autonomie de la volonté. Il lui offrit une place au Panthéon des idées juridiques* ».

[65] LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, Durand & Pédone-Lauriel, t. 1e, éd 1885, p.379. Dans le sens d'une position absolue de l'autonomie de la volonté : « *L'obligation qui résulte de tout contrat est préexistante à la loi civile […]. Que l'on ne dise donc pas que les conventions n'ont de force obligatoire que parce que les lois civiles l'ont ordonné, comme s'il leur avait été possible de supprimer en l'homme la liberté et la conscience […]. Le contrat sera plus fort quand on aura dit de l'obligation : la conscience le veut, que lorsqu'on aura dit : les hommes l'ont voulu* » ; LOUIS-LUCAS (P.), « L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit privé international » in *mélange Capitant (H.), Etudes de droit civil,* Librairie E. Duchemin Paris, 1977, p.469 : *« Prise à la lettre, elle (l'autonomie de la volonté) signifie que le vouloir humain est pleinement indépendant et directement créateur. Elle veut dire d'abord que l'homme n'émet une volonté génératrice de droit que s'il le désire. Elle veut dire, ensuite et surtout, que s'il se décide à émettre cette volonté, elle sera toute puissante, elle atteindra sûrement et pleinement le but juridique visé* »

[66] LEQUETTE(Y.), TERRE(F.), SIMLER(Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* Dalloz, 13e éd, Prècis, 2022, p.12

[67] Art. 1134 aliniéa 1er, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

[68] GHESTIN (J.), « Le contrat en tant qu'échange économique, Economie des contrats : bilan et perspectives », Revue d'économie industrielle, N°92, 2000, p 87 ; JAMIN (Ch.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », Recueil Dalloz, 2002, p.901

[69] PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil,* T. 1, LDGJ, 11e éd, 1928, p.113 *« La volonté des particuliers n'est ni absolument libre, ni absolument assujettie par la loi ; elle jouit d'une autonomie partielle, dont il s'agit*

limitée par l'article 6 du Code civil relatif au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs[70]. Pour autant, une idée dégagée par cette théorie reste ancrée : la loi doit peser d'un moindre poids sur les contrats afin de respecter la volonté des parties[71].

48. **D'importantes conséquences.** L'autonomie de la volonté a donc connu une forte influence tout au long du XIXe siècle avant d'être, par la suite, plus nuancée dans sa vision absolue du volontarisme. Pourtant, cette théorie continue encore aujourd'hui d'avoir une influence prégnante sur notre droit. Son rayonnement s'explique grandement par les conséquences qui se dégagent de ce principe.

II. Les conséquences de l'autonomie de la volonté

49. **Trois conséquences**. La doctrine de l'autonomie de la volonté a donné lieu à trois conséquences. Tout d'abord, sans doute la plus essentielle, l'idée de liberté contractuelle, selon laquelle les parties ont le droit de conclure ou de ne pas conclure un contrat (A). Ensuite le consensualisme, qui signifie que le seul échange des consentements suffit à la formation du contrat (B). Enfin, un effet obligatoire du contrat entre les parties et entre elles seulement (C).[72]

A) Le principe de liberté contractuelle

50. **Une liberté fondée sur l'idée d'un homme juste et raisonnable.** Pour cerner la principale conséquence de la théorie de l'autonomie de la volonté, il suffit de reprendre la célèbre maxime de Fouillée « *Qui dit contractuel dit juste* ». En effet, l'idée forte qui émerge de cette pensée est que les parties doivent être libres[73] puisqu'elles sont les plus à même de déterminer ce qui est bon pour elles. L'individu est supposé être le meilleur juge de ses

d'indiquer l'étendue. Voici d'abord une grande règle de droit, qui n'est écrite nulle part en terme formels, mais dont l'existence est certaine : tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis. La liberté est la règle ; la volonté privée est autonome, sauf les limites fixées par la loi ». RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, Paris, LGDJ, T.19, 1961

[70] DEROUSSIN (D.), « Le contrat à travers le Code civil Français », *in Les penseurs du Code civil*, GAUVARD (G.), AFHJ, 2009, p.262 et s.

[71] ROUHETTE (G.), « La force obligatoire du contrat. Observations critiques », in TALLON (D.) et HARRIS (D.), le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, LGDJ, 1987, p.27 ; L'auteur conteste les thèses volontaristes en rappelant les limites du respect de l'autorité publique. La volonté ne peut donc être à elle seule suffisante, puisqu'elle doit respecter les conditions de validité que la loi lui impose.

[72] LEVENEUR (L.), « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité…) », AJDA, Dalloz, 1998, p.676

[73] Dans la limite de la loi et de l'ordre public et des bonnes mœurs v.préc.

intérêts[74].

De plus, le concept de « *l'homme raisonnable* » nourrit les réflexions de l'époque et à cela s'ajoute une vision optimiste des relations sociales. Ainsi, en théorie, la confrontation de la volonté d'égales puissances ne peut qu'aboutir à un accord de qualité.[75]

51. **Un contexte économique favorable.** Enfin, cet attrait pour la liberté s'inscrit dans un contexte économique libéral, selon lequel l'offre et la demande doivent s'auto-réguler, en dehors de toute intervention des pouvoirs publics. Influencé par la théorie de la « *main invisible* » d'Adam Smith, ce courant est favorable à laisser agir la loi du marché. La confrontation des intérêts particuliers doit aboutir à un équilibre qui permet de satisfaire l'intérêt général[76].

52. **Propos conclusif.** L'idée absolue de liberté n'a jamais réellement convaincu la doctrine. Pour autant, elle a participé à faire du contrat la chose des parties, en induisant l'idée que les interventions extérieures ne devaient être qu'exceptionnelles.

Nous allons voir que cette idée de liberté est également en lien avec une autre facette de l'autonomie de la volonté, celle du consensualisme dans le contrat.

B) Le consensualisme

53. **Un concept s'opposant au formalisme.** Outre la liberté de contracter, il découle également de l'idée de l'autonomie de la volonté une liberté de forme dans la matérialisation du contrat. La seule rencontre des volontés devant être suffisante pour former le contrat, l'autonomie de la volonté repose sur le consensualisme. Bien que celui-ci n'ait pas été affirmé nettement par le Code civil avant la grande réforme de 2016, il a toujours été érigé en principe. L'autonomie de la volonté s'oppose donc à toute une partie de la tradition romaine[77] et

---

[74] PORTALIS (F.), *Discours préliminaire, rapports et travaux inédits sur le Code civil, par PORTALIS (J-E-M)*, Paris, Joubert, 1844 « *Les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; Leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins* »

[75] MAINGUY (D.), « Loyauté et droit des contrats de droit privé », in F.Petit (dir), Colloque *Droit et loyauté*, Dalloz, 2015, p.5

[76] LEQUETTE(Y.), TERRE(F.), SIMLER(Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* Dalloz, 13e éd, Prècis, 2022,, p.12 ;

[77] JHERING (R.VON), *L'esprit du droit romain*, Librairie Mareseq Ainé, 1889, p. 189-190. L'auteur est un fervent défenseur du formalisme. Il estime que celui-ci permet aux contractants de s'engager en pleine connaissance de cause ; FABRE-MAGNAN (M.), *Le droit des contrats*, Presses Universitaires de France, Coll Que sais-je ?, 2e éd, 2023, p.54 « *Le caractère obligatoire des contrats n'a pas toujours été acquis. En droit romain, et même encore dans les codifications justiniennes, seuls quelques contrats nommés (la vente, le mandat, etc…) qui moulaient les*

moyenâgeuse qui reposait sur le formalisme. Elle reprend la pensée positiviste d'auteurs comme Grotius ou Domat qui ont assis le principe du consensualisme en droit civil[78].
Par leurs volontés, les parties ont le choix à la fois du contenu du contrat mais également de sa forme.

54. **Un concept non absolu.** Le consensualisme n'est pour autant pas absolu et ses effets ont été nuancés. Si l'accord des volontés paraît être un préalable nécessaire à la formation du contrat, il est soumis néanmoins à d'autres exigences. Tout d'abord, la loi impose de vérifier que la volonté exprimée est valide, en contrôlant le consentement des parties[79]. Ce filtre légal provoque une nullité du contrat, s'il est retenu que la volonté a été viciée. Le Code civil[80] ajoute également d'autres exigences pour qu'un contrat soit valable : il doit être pourvu d'un objet et d'une cause[81]. Cependant, même si le contrat est soumis à la loi, c'est bien la rencontre des volontés qui crée l'obligation et non la loi[82].
Un dernier effet est attaché à l'autonomie de la volonté ; elle est supposée garantir la force obligatoire des contrats.

C) La force obligatoire du contrat entre les parties

55. ***Pacta sunt servanda.*** Les partisans de l'autonomie de la volonté attachent une importance au respect de la parole donnée. Conformément à la locution latine *« pacta sunt servanda* », si les parties se sont engagées, elles doivent tenir leurs engagements. Il s'agit d'un principe de droit naturel fondé sur un certain ordre moral[83]. Une norme contractuelle est obligatoire, parce qu'elle est le fruit d'un accord par lequel des contractants ont souhaité figer

---

relations dans une forme bien précise, recevraient le soutien du droit. Ces actes formels s'opposaient aux simples conventions (conventio) ou pactes (pactum), engagements purement consensuels sans aucune forme et pour le respect desquels le droit n'accordait aucune action. »

[78] DOMAT (J.), « Les lois civils dans leur ordre naturel », dans REMY (J.), *Œuvres complètes de J.Domat*, t.1, Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835, P.121.

[79] Art. 1109, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

[80] Art. 1108, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

[81] LEQUETTE(Y.), TERRE(F.), SIMLER(Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* op.cit. , p. 37 ;

[82] LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire du titre III et IV du livre III du Code Napoléon, art. 1101 à 1386*, éd. Durant & Pédone-Lauriel, t.7, 1885, art 1370, n°2, p.390 « *ce n'est pas la loi qui crée l'obligation qui en résulte ; elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent, parce qu'ils en ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils en ont le pouvoir* ».

[83] GILLIARD (F.), *La relation sujet-objet et ses avatars dans la genèse juridique*, Librairie Droz, 2002, chap. XIV, p.90 « *Prise de conscience (des parties) de la valeur d'autrui et des relations intersubjectives, auxquelles les manquements à la loyauté porte évidemment atteinte […]. D'où la pression exercée par le groupe social pour obtenir le respect des engagements, et les sanctions attachées à la violation du principe pacte sunt servanda. La démarche est ainsi objectivée et devient une « source » d'obligations* ».

leurs volontés[84]. Une partie ne pourra pas se délier de son engagement par sa seule volonté. Il lui faudra obtenir l'accord de l'autre partie, pour toute modification souhaitée au contrat si elle ne veut pas voir sa responsabilité engagée[85].

56. **Une force obligatoire dépassant le simple contenu obligationnel.** Certains auteurs, comme Pascal Ancel, ont également insisté pour détacher la force obligatoire du contenu obligationnel qui découle du contrat. Sans jamais nier l'infériorité des normes contractuelles par rapport aux normes légales[86], ils ont voulu démontrer que les effets du contrat ne se limitent pas à créer des obligations. La norme juridique tire son obligatoriété du lien contractuel qui s'est tissé par la rencontre du consentement des parties[87].

57. **Une force obligatoire limitée par l'effet relatif des contrats.** Enfin, la force obligatoire du contrat ne joue qu'entre les parties. L'autonomie de la volonté, fondée dans un esprit libéral, ne peut admettre que la volonté des uns vienne limiter la liberté des autres. Selon le principe de l'effet relatif du contrat, celui-ci, étant né d'un lien entre deux parties, il ne peut provoquer l'engagement d'un tiers.

58. **Un effet relatif non absolu.** En revanche, la croyance d'un contrat totalement hermétique aux tiers a là encore fait l'objet de nuances au cours du XXe siècle[88]. En effet, le contrat est une situation juridique de fait opposable aux tiers[89]. C'est ainsi qu'un tiers qui ferait

[84] AMSELEK (P.), « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », RJ, 1999, 37 s., spéc. p.50.

[85] ROUHETTE (G.), « La révision conventionnelle du contrat », RID droit comp. 1986. p.376-377 « *le contrat, établi par la commune volonté des parties, peut en principe être modifié par elle ; un peu plus précisément (et pour tenir compte du droit impératif) : que les parties – toujours en principe – peuvent réviser leur convention primitive aussi librement qu'elles ont pu l'établir* ».

[86] ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », Dalloz, RTD civ. 1999, p.771*, « Il n'est pas question de nier que la « loi contractuelle » est une loi inférieure, subordonnée à la loi étatique. Considérer le contrat comme un acte normateur ne revient pas, comme semblent le supposer certains auteurs, à l'élever au niveau de la loi de l'Etat* ».

[87] JEULAND (E.), « L'énigme du lien de droit », Dalloz, RTD civ, 2003, p.455

[88] BOUDOT (M.), « la relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent », in *L'effet relatif du contrat*, 2015, LGDJ. L'auteur y explique les évolutions du principe de l'effet relatif et de son lien avec l'autonomie de la volonté ; SAVATIER (R.), « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », R.T.D civ, 1934, P, 525 il y critique la vision trop isolée de l'effet relatif du contrat « *cette conception simpliste d'une liberté absolue de l'individu ne tient pas suffisamment compte des liens qui rattachent inévitablement les uns aux autres tous les membres d'une société […] . Il faut donc reconnaître qu'elles ne concernent pas seulement celui qui y préside, mais à certains points de vue la société et, par conséquent, les tiers* ».

[89] Ass. Plén., 6 octobre 2006, pourvoi n°05-13.255, arrêt dit Myr'ho/Bootshop

obstacle à l'exécution du contrat engagerait sa responsabilité délictuelle[90].

59. **Un frein à la règlementation des contrats de distribution**. Si le principe de l'autonomie de la volonté a connu au fil du temps une certaine atténuation dans sa vision la plus rigoriste, il a tout de même marqué de son empreinte la théorie du contrat. Il a sans doute constitué l'un des principaux freins à la réglementation des contrats de distribution. En effet, d'après ce principe, même si le contrat présente des déséquilibres, ceux-ci sont supposés avoir été acceptés par l'échange des consentements.
Le contrat découle de la volonté des parties, auxquelles même le juge n'est pas supposé pouvoir se substituer.

Paragraphe 2 : Un principe liant le juge à la volonté des parties

60. **Plan.** La volonté des parties est supposée pouvoir faire et défaire le contrat. Le juge ne serait qu'un arbitre qui veillerait à faire respecter les souhaits des parties. La volonté des parties fige le contrat et lie le juge à son contenu (I) en interdisant à ce dernier de réviser le contrat (II).

I. Le juge lié par la volonté des parties

61. **Un juge doublement lié.** Le juge est tenu de respecter la volonté des parties si celle-ci a été clairement exprimée, sous peine de dénaturer le contrat (A). Au contraire, si le contrat révèle des imprécisions ou des obscurités, il dispose d'un pouvoir d'interprétation, tout en gardant la volonté des parties pour seule boussole (B).

A) L'interdiction de dénaturer le contrat

62. **Le juge, bouche de la loi des parties.** Le Code civil de 1804 est porté par une certaine méfiance à l'égard des juges. Le juge est tout d'abord soumis à la loi, ainsi qu'en atteste la célèbre phrase de Montesquieu selon laquelle les juges ne sont « *que la bouche qui prononce*

[90] Cass.com. 3 juillet 2024, n°21-14.974, D.2024.1607, note HOUTCIEFF (D.) ; D.2024.1577, note GOUEZEL (A.), RTD civ. 2024 p.644, obs. BARBIER (H.). Pour une actualité récente sur l'opposabilité aux tiers. Cet arrêt qui vise l'ancien article 1382 devenu 1240 du Code civil, permet en retour aux parties d'opposer tiers des clauses limitatives contenues dans leur contrat. Ainsi l'opposabilité est à double sens et les conventions profitent comme elles peuvent également nuire au tiers.

les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »[91]. Si cette formule concerne la loi et non le contrat, il convient de rappeler la lettre de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil[92], selon laquelle « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Le contrat formé par la rencontre des volontés constitue donc la loi des parties. Cette loi s'impose à la fois aux parties elles-mêmes mais également aux juges.

63. **Un gage de sécurité juridique.** L'immixtion du juge dans le contrat doit se limiter au strict minimum, au risque de porter atteinte à la sécurité juridique. Le juge n'a pas la possibilité de modifier le contenu de l'accord des parties en le corrigeant s'il l'estime défectueux ou en le complétant s'il le pense lacunaire[93]. Ainsi, lorsque les termes d'un contrat sont clairs et précis, le juge ne peut aller à l'encontre de la volonté des parties sous couvert d'interprétation. Ce principe, érigé par l'arrêt Veuve Foucauld en 1872, n'a jamais été démenti depuis[94].
En revanche, si les termes du contrat ne sont ni clairs, ni précis, le juge dispose, dans une certaine mesure, d'un pouvoir d'interprétation.

B) Le pouvoir d'interprétation limité du juge

64. **Des règles d'interprétation fixées par la loi.** Le Code civil énonce les règles d'interprétation auxquelles le juge doit se référer, aux articles 1156 à 1164 du Code civil[95] (devenus les articles 1188 à 1192 du Code civil depuis la réforme du droit des contrats). Il s'agit de règles de bon sens permettant de respecter le sens global du contrat. Ces règles sont l'héritage des travaux menés par deux grands jurisconsultes : Domat et Pothier[96].

65. **Une règle directive.** L'article 1156 du Code civil, dont la situation en tête des autres règles d'interprétation semble en souligner l'importance, induit que l'« *on doi[ve] dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* »[97]. Il s'agit d'une règle d'interprétation subjective, qui

[91] MONTESQUIEU, *Œuvres complètes, De l'esprit des lois*, L. XI, chap. VI, Paris, Les Belles Lettres, 1955, t.2, p.72
[92] Art. 1134, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
[93] LATINA (M.) « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats » - Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017,
[94] Cass. Civ. 15 avril 1872, 1, 76, S. 1872, 1, 232
[95] Art. 1156 et s. , C. civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
[96] DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. 1777, t.1 ; POTHIER (R.J.), *Traité des obligations,* éd. Lettlier, t.1, an XIII (1805)
[97] LEQUETTE (Y.), TERRE (F.), SIMLER (Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* op.cit. , p. 687

découle de l'autonomie de la volonté et fait primer la recherche de ce que les parties ont réellement voulu au détriment de ce qui est écrit. Cette règle paraît être directive des autres règles interprétatives[98].

Ainsi, lorsque l'expression de la volonté dans le contrat est évidente, le juge ne doit pas interpréter[99]. En revanche, lorsque le contrat présente une certaine obscurité ou ambiguïté, son interprétation s'impose et relève de l'appréciation souveraine des juges du fonds[100]. Le rôle du juge consiste à ne pas trahir la pensée des contractants quand elle n'est pas clairement discernable, mais au contraire, à chercher à la révéler.

66. **Une immixtion restreinte du juge.** L'immixtion du juge dans le contrat est envisagée d'une manière très restrictive par notre Code civil. Il doit se contenter de l'interpréter lorsque cela est nécessaire ou de veiller à le faire appliquer[101]. Le juge ne peut qu'éclaircir un contrat marqué par une ambiguïté, mais seulement en recherchant la volonté initiale des parties. Le juge était donc supposé n'avoir qu'un rôle résiduel dans le contrat, ce qui explique l'interdiction répétée des juges de cassation de la révision du contrat.

II. L'interdiction pour le juge de réviser le contrat

67. **Annonce**. Il n'est pas possible pour le juge ni de réviser un contrat dont les prestations seraient devenues déséquilibrées au cours du temps sans que les parties aient pu l'anticiper (A), ni de contrôler le prix fixé par les parties lors de sa formation, sauf dans la limite étroite des cas de lésion reconnus par la loi (B).

A) Le refus de la révision pour imprévision

68. **L'avènement des contrats de longue durée.** Une nouvelle interrogation sur la place

[98] TROFIMOFF (H.), « Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats », Rev .Hist. Droit, 1994, p.203

[99] MESTRE (J.), LAUDE (A.), « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, 28 mai 1993, Paris, P.U.A.M, 1993, p.9 et s.

[100] DRAND (C.), « Le caractère législatif de l'adage interpretatio cessat in claris en droit français des contrats », Scientia juris, n°2, Revue générale du droit, 2013, n°7496 ; Cass.civ, 1er, 29 mai 1996, Bull. Civ, I, n°233, p.155

[101] LEVENEUR (L.), « Le forçage du contrat », in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Droit & patrimoine, n°58, mars 1998, p.70 « *en aucun cas le juge ne saurait compléter de lui-même le contrat pour lui faire produire des obligations non-voulues par les parties : la force obligatoire du contrat s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge, qui se trouvé lié par les conventions comme il l'est par la loi ; chargé de les interpréter ou de la faire appliquer* »

de l'intervention du juge dans le contrat a pu être posée à la fin du XIXème siècle en raison de la multiplication des contrats de longues durées. La question s'est posée en ces termes : en cas de survenance d'un événement imprévisible, qui viendrait affecter l'équilibre du contrat au cours de son exécution, le juge a-t-il la possibilité d'en réviser les conditions ?[102]
La notion de durée peut avoir une importance significative pour les contrats qui s'inscrivent dans un contexte économique déterminé. L'équilibre recherché lors de la détermination des prestations réciproques des parties, au jour de la signature, peut se voir bouleversé du fait des évolutions de la conjoncture. Cela peut concerner des domaines aussi variés que la variation d'un taux de change, l'augmentation du coût de matières premières ou toute valeur spéculative sur un marché financier sur lequel s'entendraient les parties.

69. **L'arrêt canal de Craponne.** La Cour de cassation, dans son incontournable arrêt canal de Craponne[103], a répondu de manière tranchée à cette question. En l'espèce, sur le fondement de l'article 1134 ancien du Code civil, elle a cassé la décision des juges du fond qui avaient accepté de relever une redevance en raison d'une baisse imprévisible de la valeur de la monnaie et d'une hausse du coût de la main d'œuvre en énonçant qu' « *en aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». La Cour fait ainsi de la loi du contrat, une « *loi d'airain* » qui s'impose à la fois aux parties et au juge[104].

70. **Un contrat immuable gage de sécurité juridique.** Cette décision, confirmée de nombreuses fois par la suite[105], vient réaffirmer les principes de l'intangibilité et de la force obligatoire du contrat. Ainsi, la volonté des parties doit primer sur le pouvoir du juge. Il ressort de cette solution que le contrat est par essence un acte de prévision qui doit rester immuable et imperméable aux mutations qui l'entourent[106]. Si cette décision n'est pas soutenue par

[102] STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994. Pour soulever l'ancienneté de cette question, l'auteur comparera l'imprévision au « *serpent de mer* ».
[103] Cass. civ. 6 mars 1876, DP, 1876.1.193, note
[104] CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t.2*, 13e éd, Dalloz, 2015, p.177 et s.
[105] Cass. civ., 6 juin 1921, D.1. 1921. 1. 193, note HUGUENEY ; Cass. com., 18 janv. 1950, D. 1950. 227 ; Cass. com 18 décembre 1979, Bull.civ.IV, n°339, RTD civ 1980, 180, obs, G.Cornu
[106] LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, *Mélanges François Terré*, Dalloz 1999, p.643

l'ensemble de la doctrine, ses partisans y voit un gage de sécurité juridique salutaire pour les parties mais également pour l'ensemble des acteurs économiques[107]. Derrière la figure du contrat se cachent souvent des investissements, des emplois, des entreprises, dont la signature est l'aboutissement de négociations onéreuses. La solution dégagée par l'arrêt canal de Craponne est ainsi avant tout un choix de raison, celui d'une garantie de stabilité[108]. De plus, elle encourage les parties à prendre elles-mêmes leur contrat en main, en anticipant l'avenir par l'intermédiaire de clauses dédiées[109].

71. **L'impuissance du juge face aux déséquilibres contractuels.** Les juges du fond, guidés par une volonté d'équité, se sont ainsi heurtés à la Cour de cassation. Par sa décision tranchée, elle leur interdit d'intervenir dans le contrat pour y ramener un quelconque équilibre. Dès lors, difficile d'imaginer dans quelle mesure le juge pourrait constituer une aide dans des contrats de distribution dont la principale source de problème provient précisément de déséquilibres entre les parties.

Dans cette même logique, le juge n'a pas à contrôler le prix du contrat lors de sa formation, sauf dans des cas limitativement prévus par la loi.

B) La limitation de la révision pour prix excessif dans la formation du contrat

72. **La lésion peu admise.** La lésion peut se définir comme « *le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence économique, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles. Elle se distingue, ainsi, aisément de l'imprévision* »[110].

Les rédacteurs du Code civil ont fait le choix de n'admettre l'action en rescision pour lésion que de manière étroite. L'article 1118 ancien prévoit que la lésion ne peut s'appliquer que « *dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes*[111] *»*. La raison de cette solution n'est que le prolongement de ce qui a déjà été expliqué précédemment. Lors de la formation du

[107] GENICON (T.), « Théorie de l'imprévision… ou de l'imprévoyance ? », Recueil Dalloz, 2010, p.2485 il nous est décrit quelques effets indésirables que pourraient avoir l'admission du contrat pour imprévision comme celle de « *ne corriger que les déséquilibres les plus considérables* » ou au contraire « *le risque d'ouvrir totalement les vannes* » ou enfin que la révision devienne « *un instrument d'oppression du plus faible* ».

[108] AYNES (L.), « L'imprévision en droit privé », in conférence association droit et commerce du trib. de com. Paris. RJC, 30 mai 2005, n°5

[109] FAUVAQUE-COSSON (B.), « Le changement de circonstances », RDV, LGDJ, 2004, n°1, p.67

[110] MAZEAUD (D.), « Lésion », in répertoire de droit civil, Dalloz, mis à jour par LATINE (M.) Avril 2018, n°2

[111] Art. 1118, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

contrat, le juge va contrôler la commutativité des prestations. La chose reçue doit être un équivalent de la chose donnée et non pas une équivalence stricte des prestations[112]. Rien n'empêche les parties, si elles l'ont librement décidé, de souscrire à des contrats déséquilibrés.

73. **Une vocation de stabilité économique.** La lésion avait été supprimée en 1795 avant d'être rétablie dans le Code civil en 1804. Ses défenseurs, de Cambacérès à Portalis, s'appuyaient sur des notions d'humanité et d'équité pour œuvrer à sa réintégration. L'étude du contexte politique et économique de l'époque explique la motivation principale qui a animé le retour de la lésion : celle d'une stabilité économique. Il n'est d'ailleurs pas étonnant de voir que le débat se fixait surtout sur la lésion immobilière[113], plus particulièrement sur les propriétés agricoles qui étaient pour la population un moyen de subsistance indispensable. Pour ces raisons, les partisans de la lésion pouvaient compter dans leur rang sur l'adhésion de Napoléon Bonaparte[114].

Le retour de la lésion en droit français a donc été souhaité pour des raisons économiques et non pas par souci d'une plus grande équité entre les parties. De plus, il est possible de douter que l'équité ait été le guide de l'admission de la lésion en droit français puisque celle-ci n'a pas été ouverte aux biens meubles[115].

74. **L'équité non prise en considération.** La lésion fait ainsi figure d'exception au respect de la volonté des parties. Cette entorse est dans une large mesure bien encadrée par le Code civil qui ne l'accepte que dans des cas très limités. Ainsi, de sa formation à son exécution, le juge ne peut sous couvert d'équité modifier un contrat déséquilibré. Il importe peu que ce déséquilibre existe dès la naissance du contrat, ou qu'il survienne au cours du temps par suite d'un événement imprévu.

L'apparition, puis la multiplication de contrats structurellement déséquilibrés, va peu à peu venir modifier cette vision libérale et individualiste du contrat.

---

[112] LEQUETTE(Y.), TERRE(F.), SIMLER(Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* op.cit. , p. 37 ;

[113] Il donnera naissance à l'Art. 1674, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

[114] KENNEFICH (C.), « La surprenante histoire de la lésion en droit français et en droit anglais », RDV, 2013, n°4 p.1531 ; JOUARY (Ph.), « La lésion dans le Code civil de 1804. Etude sur l'influence du libéralisme économique sur le Code civil » in Revue Droits, Esprit du Code civil, PUDF, 2005, p.119 et s. ; BUEB (R.), « La lésion dans la vente d'immeuble, un passé plein d'avenir ? », petites affiches, 1999, n°88, p.11

[115] JOSSERAND (L.), « La protection des faibles par le droit » in *Evolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p.172 à l'inverse de ce qui a été dit, l'auteur souhaitait dès lors une généralisation de la lésion « *lorsque dans la formation d'un contrat, l'une des parties a été dominée par l'autre qui a exploité sa faiblesse ou sa détresse, il est juste et il est désirable que l'acte tombe, vicié qu'il est dans son origine : la lésion, du moins si elle a été volontairement, consciemment causée à la victime, doit être pour celle-ci une cause de nullité ou de rescision du contrat ».*

Section 2 : Une déformation nécessaire pour faire face à la naissance de contrats structurellement déséquilibrés

75. **Présentation.** Le XXème siècle va connaître un bouleversement avec la multiplication de contrats marqués par un déséquilibre de force entre les parties (Paragraphe 1). Les contrats de distribution en sont une parfaite illustration. Ces nouveaux contrats ont mis en évidence les défauts de la vision excessivement individualiste de l'autonomie de la volonté (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'avènement de contrats marqués par un déséquilibre

76. **Annonce de plan**. Les contrats de distribution naissent à la suite d'un bouleversement du contexte économique qui va être marqué par la naissance de grands groupes et le recul de l'individu commerçant (I). Il s'ensuit un phénomène de concentration des pouvoirs qui va venir déséquilibrer les rapports entre les contractants. En réaction à ce déséquilibre, va éclore une nécessité de protection de la partie faible (II).

I. Des contrats s'inscrivant dans un nouveau contexte économique

77. **L'influence de l'évolution du monde économique sur notre droit.** La naissance de la liberté contractuelle est liée à la notion de propriété et va marquer, au travers de l'autonomie de la volonté, notre droit pendant plus d'un siècle. Le XXème siècle est le théâtre d'un changement économique vers une société consumériste qui va bouleverser le monde économique (A) et amorcer un déclin de la liberté contractuelle (B)[116].

A) Le bouleversement du monde économique du XXème siècle

78. **Un bouleversement économique favorisant les déséquilibres.** Le XXème siècle, est traversé par deux grandes guerres et une crise économique majeure dans les années 1930. Ces événements sont suivis par un essor économique important marqué par une forte industrialisation. De manière plus spécifique à notre étude, la fin des années 1950 correspond

[116] FABRE-MAGNAN (M.), *Le droit des contrats*, Presses Universitaires de France, Coll Que sais-je ?, 2e éd, 2023, p.10 et s.

à l'ouverture des premiers supermarchés et hypermarchés ainsi que des premiers réseaux de franchise.

Les rapports de forces mutent et « *l'individu se trouve alors confronté à des entreprises qui l'écrasent ».* La période est marquée par un phénomène de concentration des pouvoirs. La parité des forces qui était présumée par le dogme de l'autonomie de la volonté se trouve confrontée à une nouvelle réalité[117]. Cette supériorité n'est pas toujours économique, elle peut également être intellectuelle ou technique. S'il est vrai que les disproportions de pouvoir entre les parties ont toujours existé, le changement s'opère dans l'importance du degré que prennent ces inégalités[118].

79. **Une seule volonté s'impose.** Le bouleversement économique s'accompagne de contrats dont l'élaboration tend à devenir de plus en plus unilatérale. La partie forte impose sa vision du contrat à la partie faible, sans qu'une réelle négociation ait véritablement lieu. Dans ces conditions, si « une seule partie tient la plume » du contrat, le risque croît de voir apparaître de forts déséquilibres dans les obligations respectives des parties. La partie forte a tout intérêt à profiter de sa position pour rédiger le contrat en sa faveur[119].

La rencontre des volontés telle qu'envisagée par les auteurs classiques, se transforme en une volonté unique qui s'impose à l'autre.

80. **Le prix d'une trop grande liberté contractuelle.** Les contrats se complexifient également, faisant l'objet d'opérations juridiques complexes. Les praticiens du monde des affaires rivalisent souvent d'inventivité afin de servir le profit des parties fortes. Parallèlement, l'évolution législative paraît sclérosée, empêtrée dans une lenteur qui peine à adapter les textes anciens du code civil à des réalités nouvelles[120]. L'industrialisation fait ainsi ressortir l'existence d'une partie faible au contrat que la doctrine de l'autonomie de la volonté semble

---

[117] BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, thèse, Paris, LGDJ, 1973, p.15 et s.

[118] Concernant l'influence de l'économique François Perroux sur la naissance de ces relations asymétriques voir SAVALL (H.), « Vers une transcendance de deux grands courants de pensée économique : l'œuvre de PERROUX (F.) », in Le centenaire d'un grand économiste, Economica, Paris, 2005, p.139 « *Un ensemble de phénomènes très influents dans la seconde moitié du 20e siècle […] : les structure oligopolistiques des secteurs stratégiques de production ; les entreprises multinationales dont la puissance défie les Etats modernes ; les relations entre unité économique et leur environnement ; la multiplication des coûts sociaux ; les relations asymétriques dans l'activité économique s'exprimant notamment à travers des phénomènes de pouvoirs* ».

[119] REVET (T.) « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », Recueil Dalloz, 2015, p. 1217

[120] BERLIOZ (B.), BERLIOZ (G.), « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *in Etudes offertes à Houin (R.) problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1985, p.2 et s.

abandonner un peu à son propre sort[121].

Le doute commence à naître sur l'idéal d'ajustement optimal des obligations organisé par le contrat tel qu'imaginé par les partisans de l'autonomie de la volonté. La réalité économique semble rattraper le mythe et imposer davantage de contrôle.

B) Le nécessaire recul de la liberté des parties

81. **La vision d'un contrat figé.** Le XXème siècle assiste à un recul de l'autonomie de la volonté[122]. Le professeur Jacques Ghestin soutient l'idée selon laquelle la force obligatoire du contrat ne s'applique qu'à condition que le contrat ait pour finalité d'être « utile et juste »[123]. La période appelle à davantage de dirigisme contractuel[124].

Pour reprendre l'image du professeur Catherine Thibierge-Guelfucci, le contrat tel qu'envisagé par les partisans de l'autonomie de la volonté est comme une bulle « *un monde fermé, protégé, imperméable aux influences extérieures ou intérieures – celles des parties – qui traverse le temps sans être affecté par les changements ; il fait fi de l'évolution des circonstances* » et un bloc cristallisé « *de droits et obligations constitué une fois pour toutes, indifférent à ses propres déséquilibres internes* » [125].

82. **Le besoin d'un contrat mouvant.** Face au bouleversement du monde économique, une partie de la doctrine va être favorable à un éclatement de cette bulle, de ce bloc. Le contrat doit selon ces auteurs ne plus demeurer aussi rigide, mais au contraire savoir être mouvant afin de s'adapter aux variations du monde qui l'entoure.

Cette remise en question de l'autonomie de la volonté a été qualifiée de « crise du contrat »[126].

---

[121] RIPERT (G.), La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 2ème éd., 1927, n°57, p.104 « *Pendant longtemps on s'est contenté de l'égalité théorie et abstraite, révélée par l'échange des consentements. Puis l'idée égalitaire s'est plus fortement réalisée et, sous l'égalité juridique, on a vu l'inégalité de fait* ».

[122] GHESTIN (J.), Traité de droit civil, Le contrat, formation, 4° éd. ,LGDJ 2013, n°184 et s. et s. « *La théorie de l'autonomie de la volonté n'est plus affirmée aujourd'hui que par la doctrine civiliste la plus traditionnelle. Elle fait l'objet de vives critiques, dont les plus fondamentales ont été présentées par les positivistes* ».

[123] GHESTIN (J.), « Le contrat en tant qu'échange économique », Economie des contrats, RDI, 2000, n°92, p.81 et s. « *Le contrat ne peut être étudié sans être situé au regard de l'utilité sociale et de la justice, entre lesquelles existent d'ailleurs des liens incontestables, puisque l'un et l'autre concourent à l'intérêt général, c'est-à-dire l'harmonie du corps social* ».

[124] JOSSERAND (L.), « aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. , 1937, 1. « le dirigisme, envisagé en soi, n'est ni une maladie, ni une panacée, ni un malheur, ni un bienfait ; il est un effort tenté en vue d'adapter le droit contractuel en une situation économique et sociale nouvelle ».

[125] THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. , 1997, p.357

[126] BATTIFOL (H.), « La crise du contrat » et sa portée », ADP, t.13, 1968, p.13 et s. ; JAMIN (C.), MAZEAUD (D.), *la nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2012.

L'idée surgit de la nécessité d'une moralisation[127] du droit des contrats afin de garantir aux parties davantage de protection. Cela est d'autant plus vrai à travers l'exemple des contrats de distribution, encore inconnus lors de l'adoption du Code civil.

II.Des contractants nécessitant davantage de protection

83. **Un besoin de protection au sein des contrats de distribution.** Ce besoin de protection trouve son explication dans la nature de ces contrats, puisqu'ils sont marqués par un déséquilibre des forces entre les parties (A). Ils sont majoritairement standardisés, limitant la place des négociations et ce bien qu'ils établissent des relations stables s'inscrivant dans la durée (B).

A) Des contrats déséquilibrés

84. **Les traits marquants des contrats de distribution.** Les contrats de distribution sont nés de besoins mutuels entre deux professionnels. L'un est producteur de marchandises ou de services qu'il cherche à vendre à un distributeur. Le distributeur quant à lui se charge de revendre ce qu'il a acheté au producteur directement à la clientèle. Il s'agit donc de l'ensemble du circuit qui permet l'acheminement des produits ou services du stade de la production jusqu'au consommateur[128].

Ces contrats ont la caractéristique d'être pour la plupart innomés et d'être régis principalement par le droit commun des contrats. Ce même droit commun qui s'appuyant sur l'autonomie de la volonté, estime que les parties négocient sur un pied d'égalité[129]. Or, les contrats de distribution sont l'exemple topique de contrats marqués par un déséquilibre des forces entre les parties, au même titre que le contrat de travail. Ce déséquilibre s'exprime par une relation de

[127] MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit Mélange Terré (F.),* Dalloz, PUF, 1999, p.603 et s.

[128] FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 10e éd, LexisNexis, 2023, n°6, p.6

[129] CHAZAL (J-P.), *De la puissance économique en droit des obligations,* thèse, Grenoble, 1996, p.45, n°9 « *De la même manière, le droit français a eu tendance, vers la fin du XIXème siècle, à surestimer l'importance des principes de liberté, duquel découle celui de l'autonomie de la volonté, et d'égalité des sujets de droit, Or, il est évident que l'idée de déséquilibre de puissance économique, causant des phénomènes de domination et de dépendance au détriment des faibles, ne pouvait être assimilée par de tels concepts.* » ; MAZEAUD (D.), « La réduction des obligations contractuelles, in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?,* colloque Université de Chambéry, Rév. Droit et patrimoine, 1998, n°58, p.58 et s. « *Le droit positif se devait de dépasser la vision archaïque des contractants libres, égaux et souverains dans leurs discussions contractuelles* ».

dépendance qui s'installe généralement entre le fournisseur et le distributeur[130].

De nombreuses, raisons peuvent expliquer le caractère souvent déséquilibré des contrats de distribution, outre la nature même de certains contrats[131], la structure du marché a également une influence. Dans de nombreux secteurs de la distribution, le marché est dominé par un petit nombre de grandes entreprises qui concentrent l'offre. Le pouvoir dont va naturellement disposer ces entreprises sur leur cocontractant, leur permettra d'imposer des conditions contractuelles désavantageuses pour les distributeurs[132]. Les distributeurs, sont souvent nombreux et en situation de concurrence, ce qui ajoute une pression supplémentaire sur les candidats à la distribution[133]. A l'inverse, la naissance de très grands distributeurs ont totalement renversé la relation de dépendance vis-à-vis de leur fournisseur[134].

Également, le fait qu'une partie puisse par exemple parfois s'approvisionner exclusivement ou quasi-exclusivement chez une autre la rend plus apte à accepter de renégocier à la baisse ses conditions contractuelles.

85. **La notion de déséquilibre.** Il s'agit d'une notion protéiforme qu'il est difficile de saisir puisque, pour reprendre les mots du Professeur Victoire Laborde, qui a consacré sa thèse sur le sujet, « *il convient de ne pas préjuger du caractère déséquilibré du contrat. L'existence d'un déséquilibre contractuel dépend de l'usage que le titulaire aura fait de son pouvoir déséquilibrant* »[135].

Ainsi, ce n'est pas parce que le déséquilibre existe, que la partie forte en fera forcément un usage à mauvais escient. Il fait seulement naître un danger important pour le contrat qu'il incombe de surveiller. Le contrôle de ce risque n'est pas non plus aisé, le professionnel partie

---

[130] VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, thèse, Paris, 1986, LGDJ, n°226, p.162

[131] GRAS (G.), « propos conclusifs », in *La franchise : questions sensibles*, GRIMALDI (C.), RLDA, 2012, 4185, n°2 « *la franchise est un contrat qui est intrinsèquement fondé sur une relation déséquilibrée entre le franchiseur et le franchisé […], ce déséquilibre trouve son origine dans une relation ancestrale entre d'une part un « sachant », un détenteur d'un savoir et d'autre part une personne qui désire acquérir ce savoir* » ; BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 182, « *si le contrat de distribution est un contrat de dépendance, il comporte par essence des clauses déséquilibrées. Cela fait partie du mécanisme d'intégration* »

[132] A titre d'exemple en matière de déséquilibre significatif, il a pu être jugé que si un contrat est souscrit dans le contexte d'un marché structurellement déséquilibré il peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de force déséquilibré, en revanche il est à lui seul insuffisant et devra être complété par d'autres indices établissent une absence de négociation. CHAGNY (M.), « Vers une démonstration plus exigeante du comportement consistant à « soumettre ou tenter de soumettre », RTD com. 2020. 322

[133] Les systèmes de distribution sélective accentuent ce phénomène, surtout que la jurisprudence réaffirme régulièrement la liberté dont dispose la tête de réseau dans le choix de ses distributeurs. V. infra n°493 et s.

[134] ALLAIN (M.-L.), CHAMBOLLE (C.), « Les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs. Bilan et limites de trente ans de régulation », Revue française d'économie, 2003, p.169 et s.

[135] LABORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés,* PUAM, thèse, t.1, 2000, p.242, n°246

faible et le professionnel partie forte entre distributeur et fournisseur pouvant varier. En effet, le dominant n'est pas toujours attaché à la même catégorie de professionnel[136].

Le constat de ce déséquilibre récurrent dans les contrats de distribution, s'oppose à la vision idéaliste trop poussée de l'autonomie de la volonté, qui veut que les parties aboutissent forcément par la rencontre des volontés à un équilibre des forces[137]. Ces contrats sont le plus souvent standardisés et imposés à la partie la plus faible.

B) Des contrats standardisés s'inscrivant dans la durée

86. **Le contrat d'adhésion.** Les contrats de distribution reposent généralement sur des contrats d'adhésions. Cette notion a été développée pour la première fois sous la plume de Raymonds Saleilles[138]. Ces contrats peuvent être définis comme des contrats « *dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudraient accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même* »[139]. Dans ce type de contrat, il y a une absence de débat[140]. Or, c'est précisément cet échange qui est habituellement nécessaire à un rééquilibrage des prestations. Une partie impose à l'autre le contrat, sans qu'il soit nécessaire de le discuter[141].

Jusqu'à la réforme du droit des contrats la construction doctrinale de la notion de contrat d'adhésion n'a pas été suivie d'effet par les tribunaux, sans doute par crainte d'un trop grand

[136] FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, *op.cit.*, n°54, p.35 et s. Habituellement, le fournisseur était toujours envisagé comme étant la partie forte, cependant l'apparition de très grands distributeurs (c'est le cas notamment en matière de distribution de bière) a parfois inversé cette balance des forces en présence. En ce sens, GUILLEMIN (L.), « La défense du distributeur face à son fournisseur dans le contrat de bière », Recueil Dalloz, 2013, p.657 ; DEFFAINS (B.) « Quelle analyse économique pour le droit de la distribution ? », RLDA, 2013, n°83 ; LAMBERT (T.), « La spécificité du contrat de bière », RLDA, 2008, n°26, p.86

[137] MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journée Renée Savatier*. Paris, PUF, 1986, p.41 ; (LABORDES (V.), Les contrats déséquilibrés, *op.cit.* , p.26, n°7 « *L'évolution des relations contractuelles contemporaines conduit à constater que ce postulat, en vertu duquel chaque partie est présumée capable de défendre ses intérêts, est inadapté à la réalité* ».

[138] SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901

[139] *Ibid*, p.229, Pour une définition plus concise voir BERLIOZ (G.) *Le contrat d'adhésion*, thèse, LGDJ, Paris, 1973, p.27 « *un contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle* ».

[140] *Ibid*, p.299 « *prétendus contrats qui n'ont de contrat que le nom* ».

[141] BERLIOZ (G.) *Le contrat d'adhésion*, thèse, LGDJ, Paris, 1973, p.29, n°45 pour l'auteur ce qui est important, ce n'est pas tant l'absence totale de possibilité de modification du contrat par une des parties, mais l'absence de « *modification majeure des conditions essentielles* » ainsi que « *la soumission de l'adhérent* » à l'autre partie au contrat.

bouleversement du droit des contrats[142]. Cependant, elle permet de nuancer le mythe du contrat équilibré et pointe du doigt la nécessité de veiller à ce que ces contrats ne deviennent pas le moyen d'un asservissement du faible par le fort[143].

87. **Un risque de déséquilibre lié à la longue durée des contrats.** De plus, les contrats de distribution par leur complexité et la lourdeur des investissements qu'ils impliquent ont généralement vocation à s'établir sur le long terme[144]. Or, le Code civil antérieur à la réforme de 2016 axe principalement son contrôle lors de la rencontre des consentements. La longue durée des relations ajoute le risque d'accentuer un déséquilibre déjà présent dès la naissance du contrat. En effet, il est probable qu'une pression soit exercée par la partie forte au détriment de la partie faible afin d'obtenir des conditions plus avantageuses. Ce contrôle de la modification des obligations au cours du temps n'est pas prévu par la loi, laissant la partie faible sans protection[145].

88. **Propos de synthèse.** Ainsi, la présence de relation de forces déséquilibrées, l'emploi de contrats standardisés, peu ou pas discutés et la durée souvent importante de ces contrats, sont autant de facteurs cumulatifs qui risquent de déstabiliser le contrat de distribution au cours de son existence. Il pointe ainsi les insuffisances de l'autonomie de la volonté à régir ce nouveau type de contrat.

---

[142] Cass.civ 1ère, du 19 janv. 1982, n°80-15.745, La cour de cassation casse les décisions des juges du fonds et rappelle qu'aucune conséquence particulière ne peut être tirée de la qualification d'un contrat en contrat d'adhésion.

[143] REVET (T.), « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », RDC, 2019, n°116d0, p.106 ; CHENEDE (F.), « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », Recueil Dalloz, 2015, p.1226. Parlant des jurisconsultes ayant posé les grandes lignes de la notion du contrat d'adhésion : « *ils avaient parfaitement identifié la source potentielle de l'abus dans ce type de contrats : le risque ne vient pas des prestations principales, qui sont souvent jugées satisfaisantes, voire avantageuses, par le consommateur, mais des clauses accessoires ou conditions générales, nombreuses, peu claires, pas ou peu lues, qui viennent subrepticement déséquilibrer le contrat au détriment de l'adhérent* ».

[144] FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 10e éd, LexisNexis, 2023, n°56, p.36

[145] DELAHAYE (Th.), *Le facteur temps dans le droit des obligations, tome 1 – La temporalité du contrat,* Larcier, Bruxelles, 2013, n°102, p.210, « *Il faudra bien un jour se résigner à entrer dans la modernité et admettre que le contrat de durée - particulièrement celui de longue durée – ne se limite pas aux obligations souscrites lors de la rencontre des consentements initiale et que le comportement contractuel des parties est susceptible de constituer autant d'indices d'une reconstruction du contrat en cours d'exécution* ».

Paragraphe 2 : Les insuffisances de l'autonomie de la volonté face aux contrats de distribution

89. **Un changement de paradigme induit par l'avènement des contrats de distribution.** Les contrats de distribution établissent des relations qui tranchent avec l'idéal d'équilibre systématique induit par le dogme de l'autonomie de la volonté. Une partie de la doctrine va s'opposer à l'ancienne vision individualiste du contrat pour le sociabiliser (I). Ainsi va naître le courant du Solidarisme contractuel, qui va faire de la prévention des déséquilibres au sein du contrat, son principal cheval de bataille. L'autonomie de la volonté parait être inadaptée à la nouvelle figure des contrats déséquilibrés qui s'imposent de plus en plus dans le paysage juridique (II).

I. Une sociabilisation du contrat

90. **Le contrat : individu et société.** A contre-courant des visions trop poussées de l'autonomie de la volonté s'est développée une volonté de « sociabiliser le contrat ». La pensée du solidarisme contractuel s'est fortifiée dans un rejet exacerbé de l'individualisme. Démogue, qui est considéré comme le père de cette doctrine, partait du postulat suivant : « *les contractants forment une sorte de microcosme, C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut aussi avoir un devoir de collaboration* »[146].
Ainsi, Démogue et les tenants du solidarisme contractuel[147] opposent l'individualisme à la société, au groupe. Le contractant ne doit plus être vu comme un opposant, mais comme un frère, et cela lui impose des devoirs actifs[148]. Il doit faire preuve d'une parfaite loyauté envers

[146] DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t.6, Paris Rousseau, 1931, n°3, p.9
[147] JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes offertes à GHESTIN (J.)*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p.441 et s. ; MAZEAUD (D.), « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », Dalloz, 2005, p. 1828 et s. ; GRYNBAUM (L.), NICOD (M.), « Le solidarisme contractuel », Economica, 2004 ; THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ., 1997, p.369
[148] MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à TERRE (F.),* Dalloz-PUF-Jurisclasseur, éd 1999, p.608, il y définit le solidarisme comme « *une voie médiane entre un libéralisme sauvage et béat et un socialisme dirigiste et bigot, en vertu de laquelle l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraine, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, un éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel* » ; THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ.

lui, dans un esprit de collaboration. Le contrat n'est plus une confrontation d'intérêts égoïstes, mais un but commun, dans lequel la réussite d'une partie dépend du succès de l'autre[149]. En l'absence d'intervention du législateur, les juges seraient les garants de l'équilibre du contrat[150]. Ils seraient amenés sur le fondement de la morale à travers des notions telles que la bonne foi, l'abus, la cause ou encore les vices du consentement, à garantir davantage de proportion dans les devoirs respectifs des parties.

91. **Les limites du solidarisme contractuel.** Le solidarisme contractuel a pu se montrer séduisant, notamment pour les contrats de distribution[151] qui, nous l'avons vu, sont souvent marqués par des déséquilibres. Cependant, cette doctrine n'a jamais vraiment réussi à séduire les juges[152] et a également essuyé de nombreuses critiques. Le solidarisme pêche par ses excès en devenant un contre-pied caricatural de l'autonomie de la volonté. Il lui est reproché d'être un concept flou, mal encadré qui en portant atteinte à la force obligatoire du contrat, générerait tant de l'imprévisibilité que de l'insécurité[153]. La vision angélique d'un lien de fraternité

, 1997, p.357, concernant l'édiction d'un principe de fraternité contractuelle : « *Ce principe fait naître une exigence à la fois réciproque et proportionnée, d'autant plus forte que l'un des parties est en situation de force, de supériorité. Il participe d'une aspiration qualitative d'altruisme et de solidarité qui n'est cependant pas dépourvu d'intérêt pour la partie qui s'y trouve soumise, puisqu'il favorise la pérennité du contrat* ».

[149] DIESSE (F.), *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat,* thèse, Lille II, 1998, p.261 « *Le conflit (dans le contrat) doit donc être considéré comme un exception par rapport à la coopération qui recouvre naturellement sa place dans le contrat, puisqu'elle est le sanctuaire de celui-ci. Dans le contrat, cette coopération a vocation à s'imposer comme principe général du droit.* » ; SAVAUX (E.), « solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p.44, n°2

[150] LARDEUX (G.), « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », in l'équilibre du contrat, sous la direction de LARDEUX (G.), PUAM, 2012, p.60 « *Contrairement à la doctrine du début du XXe siècle, celle-ci ne songeait plus à passer par une remise en cause du caractère conventionnel de certains accords pour justifier le contrôle du juge mais proposait, plus radicalement, de passer outre l'accord des parties pour le remplacer par l'appréciation judiciaire de la justice contractuelle. […]. L'opposition idéologique était alors clairement posée : justice, morale voire fraternité contre sécurité juridique et force obligatoire des conventions* ».

[151] MAZEAUD (D.), « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », in *Mélanges en l'honneur du professeur HAUSER* (J.), LexisNexis, Dalloz, 2012, p.905 et s. , L'auteur y affirme la place importante des contrats de distribution dans la pensée du solidarisme contractuel « *c'est essentiellement sur ce terrain de la rupture des contrats de distribution, que les solidaristes avaient entendu développer une doctrine de « combat ». Je peux même affirmer que la seule fois où, avec Christophe Jamin, nous avons véritablement envisagé de mener une stratégie coordonnée en vue d'instiller une dose de solidarisme contractuel dans notre droit contractuel, c'étant dans ce domaine spécifique* ». BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Solidarisme contractuel et contrat de distribution », RDC, 2003, n°1, p.154 ; PICOD (Y.), « Droit de la distribution et droit des contrats », LPA 1 juillet 2005, n°130, p.19

[152] MAZEAUD (D.), « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in Le solidarisme contractuel, GRYNBAUM (L), NICOD (M.), Economica, 2004, p.66 et s. ; MAZEAUD (D.), « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *op.cit*. p.905 et s.

[153] LEVENEUR (L.), « Le solidarisme contractuel : un mythe », in Le solidarisme contractuel, GRYNBAUM (L), NICOD (M.), Economica, 2004, p.173 et s. « *J'accepte bien volontiers des limitations de la liberté contractuelle. Toutefois il me semble que celles-ci doivent passer par d'autres moyens que le solidarisme, des moyens qui soient moins dangereux et plus productifs !* » ; CEDRAS (J.), « liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de cassation 2003*, p.215 et s. « *Livrer le contrat au*

viendrait nier la réalité de l'âpreté des rapports contractuels[154]. Le professeur Yves Lequette notamment, tirera un bilan acerbe du solidarisme[155].

92. **Les bienfaits du solidarisme contractuel.** Il est tout de même bienvenu de venir nuancer ces critiques envers le solidarisme contractuel. La pensée de ce courant peut sembler relever de l'angélisme[156], du mythe[157], voire de l'utopie[158], puisqu'il est évident que d'une manière générale les individus feront toujours passer leur propre intérêt avant celui de leur cocontractant[159]. Pourtant, il ne faut pas lui retirer le mérite de vouloir rendre le contrat plus juste. Il permet de venir compenser une part peut-être trop importante, peut-être trop ancrée dans la culture juridique française, d'individualisme.

Ce que met en lumière le solidarisme contractuel, c'est à l'évidence l'inadéquation d'une conception « trop classique » du droit des contrats découlant de l'autonomie de la volonté. Il critique la vision absolue d'un contrat laissé entre les seules mains des parties et évoque la nécessité de ne pas délaisser le faible afin de lui apporter une aide et un soutien.

II.L'autonomie de la volonté : un principe inadapté aux contrats déséquilibrés

93. **Le concept de l'autonomie de la volonté attaché à la figure du contrat de vente.** La naissance des contrats de distribution conduit à s'interroger sur la place de la théorie de l'autonomie de la volonté dans le contrat. Ces nouveaux contrats, étant principalement régis par le droit commun des contrats, sont directement concernés par la philosophie qui imprègne la

juge, en faire un ministre de l'équité, implique un fort risque d'arbitraire. L'unique devoir du juge doit être de veiller à l'efficacité des stipulations telles que les parties ont cru bon de les exprimer »

[154] CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin », in *La nouvelle crise du contrat,* Acte du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre DEMOGUE (R.), Lille I, 2003, p.114 et s. « *C'est le décalage entre les notions invoquées (fraternité, amitié, amour, générosité) et la réalité des relations contractuelles qui engendre l'utopie […]. Plutôt que de se bercer d'illusions en espérant, ou en tentant d'imposer, que les contractants se traitent comme des frères, mieux vaut tenir compte de cette réalité brutale qu'ils n'en sont pas et n'en seront jamais ; chacun essayant de manœuvre au mieux pour défendre ses intérêts et maximiser son avantage. Ni ennemis ni frères, ils s'inscrivent dans une « coopérations antagonistes »* ».

[155] LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de Droit privé - Mélanges DIDIER (P.),* Economica, 2008, p.237 et s.

[156] CEDRAS (J.), « liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *op.cit*, p.215 et s.

[157] LEVENEUR (L.), « Le solidarisme contractuel : un mythe », *op.cit.* , p.173 et s.

[158] CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin », *op.cit.,* p.114 et s.

[159] FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, t.1, L'acte juridique,* Sirey, Paris, 18e éd, 2024, n°76, p.64 « *imposer juridiquement d'être meilleurs, ce ne correspond ni à la nature du contrat, ni aux impératifs de l'ordre juridique. Sauf exception, le contrat reste un instrument de conciliation d'intérêt antagonistes, et s'il est nécessaire d'y faire régner une certaine loyauté, on ne saurait aller jusqu'à exiger qu'un contractant ignore ses propres intérêts au profit de ceux de l'autre* ».

théorie générale des contrats. Or, justement, l'autonomie de la volonté part d'un postulat d'égalité bien trop éloigné de la réalité vécue par les usagers des contrats de distribution.
Il est possible de penser que, tout comme le démontre le professeur Georges Rouhette dans sa thèse, la théorie générale du contrat est trop influencée par la figure traditionnelle de la vente[160]. Il est certain que les rédacteurs du Code civil ne pouvaient pas imaginer un type de contrat à la fois déséquilibré, standardisé et dont les relations s'étalent dans le temps. Tout cela semble bien éloigné de la figure de la vente, envisagée comme un échange synallagmatique, équilibré et bien souvent à court terme.

94. **La recherche d'un équilibrage du contrat.** La prise en compte de ces réalités nouvelles devrait avoir lieu en recherchant l'équilibre entre d'un côté la sécurité juridique des conventions et de l'autre la protection de la partie faible. Il fallait aboutir à une synthèse entre les aspirations volontaristes tirées de l'autonomie de la volonté et les élans moraliste d'une partie de la doctrine[161]. Pour trouver cet équilibre et face à l'inertie du législateur, les juges vont être tentés de déformer le droit commun.

---

[160] ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, p.159 et s. « *Ainsi, on élabore la théorie générale du contrat en ayant à l'esprit l'exemple de la vente ; l'analyse du contrat a un point de départ juste, et l'accord est spécifié exactement : c'est l'échange des prestations réciproques ; l'offre est une promesse subordonnée à certaines conditions ; l'acceptation est réception de la promesse aux conditions fixées, c'est-à-dire promesse de la prestation antagoniste requise ; chaque obligation est la raison de la sanction légale de l'autre. Mais, ou bien on c'est-à-dire promesse de la prestation antagoniste requise ; chaque obligation est la raison de la sanction légale de l'autre. Mais, ou bien on maintient cette vue, et on déforme les contrats qui ne peuvent être coulés dans ce moule ; ou bien on vide l'accord de sa précision et de sa signification, on le spiritualise afin de généraliser* »

[161] JESTAZ (Ph.), « Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat,* sous la direction de JAMIN (Ch.), MAZEAUD (D.), Dalloz, Paris, 2003, p. 243, spéc. p. 244 : « *La vraie crise, la grande, la crise fondamentale est ailleurs, Et elle n'est pas nouvelle non plus. Il y a beau temps que le contrat se trouve écartelé entre une philosophie libérale, individualiste et une autre, d'inspiration sociale ou si l'on veut solidariste. Disons, pour passer de la philosophie au droit, entre une conception volontariste, qui privilégie le respect des volontés réelles ou supposées, et une conception commutative, qui privilégie l'équilibre du contrat.* »

CONCLUSION CHAPITRE 1

95. **L'influence des contrats de distribution sur la vision traditionnelle des contrats.** Les développements qui précédent ont permis de mettre en lumière les limites de la vision du droit des contrat de 1804 fondée sur l'autonomie de la volonté et sur la figure du contrat de vente.
L'émergence des contrats déséquilibrés dont les contrats de distribution font partie, constitue sans doute l'événement déclencheur de l'éveil d'une nécessaire remise en cause de la vision individuelle du contrat.

96. **Les caractéristiques des contrats de distribution peu compatibles avec le droit commun des contrats.** La particularité des contrats de distribution vient du fait que ce sont des contrat innomés auxquels la pratique a donné un nom[162]. Ils ne font l'objet d'aucune réglementation légale particulière et se trouvent au confluent de plusieurs droits : droit commun des obligations, droit social, droit de la consommation et droit de la concurrence etc. Ils présentent en revanche des caractéristiques communes, notamment un déséquilibre des forces souvent marqués entre les parties. De ce fait, le droit commun et son postulat d'égalité semble peu armé pour aborder cette nouvelle figure du monde juridique.
Pour autant, l'importance quantitative et le poids économique que représentent des contrats de distribution, ne peuvent être ignorés par le droit commun des contrats.

97. **L'émergence d'un courant cherchant à renouveler la théorie générale des contrats.** L'avènement du courant du solidarisme contractuel va prendre le contre-pied de la vision traditionnelle du Code de 1804 mais va pêcher par des excès inverses, en partant d'une idée permanente de coopération liée à un projet commun et d'égalitarisme entre les parties. Le solidarisme commet l'erreur de nier la réalité économique et l'idée que chaque partie souhaite généralement avant tout tirer un profit personnel au contrat.

98. **Un équilibre nécessaire entre vision traditionnelle et solidarisme contractuel.** Il

[162] GRILLET-PONTON (D.), « Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle », Dalloz, Revue des contrats, 2000, p.331, l'auteur insiste sur l'importance du nom aujourd'hui encore en droit, dans le processus identitaire.

apparaît donc nécessaire de faire une synthèse de ces deux mouvements contradictoires pour aboutir un équilibre. Il faut veiller à assurer entre les contractants, non pas une égalité absolue, mais empêcher les déséquilibres injustes et flagrants qui seraient dûs à un déséquilibre des rapports de force[163].

Alors même que le droit commun ne semblait pas être le droit le plus apte pour garantir le rééquilibrage des contrats, les juges vont être tentés de le « déformer » afin d'assurer une « *réduction du déséquilibre structurel permis par une mise en œuvre de la théorie générale détournée de sa rationalité* »[164].

[163] MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit Mélange Terré (F.),* Dalloz, PUF, 1999, p.603 et s. « *Ce que l'idée de solidarisme rejette, ce sont les déséquilibres contractuels excessifs et abusifs qui n'ont d'autre justification qu'un rapport de forces inégalitaire ou qu'un bouleversement des circonstances économique. Lorsque le contrat est l'œuvre d'une volonté unilatérale et arbitraire lorsque l'économie de la loi contractuelle jure avec l'idée même de contrat, il est indécent pour le maître du contrat de brandir l'article 1134, alinéa 1er, comme étendard de son « bon droit »* ».

[164] MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, 13e éd, LGDJ, Lextenso, 2024, p.19 et 20

Chapitre 2 : Les manifestations de la tentation d'une déformation du droit commun

99. **Présentation.** L'arsenal législatif ne semble plus du tout adapté pour faire face aux contrats structurellement déséquilibrés incarnés notamment par les contrats de distribution. Une partie de la doctrine réclame davantage de justice sociale face à un droit dont la philosophie semble figée par le dogme de l'autonomie de la volonté qui privilégie la volonté des parties à l'équilibre du contrat. Face à l'inertie du législateur, les magistrats de la Cour de cassation vont être tentés à de nombreuses reprises de venir déformer les textes du droit commun des contrats. Cela se manifestera de manière prégnante par de nombreuses jurisprudences relatives aux contrats de distribution, aux stades de la formation de ces contrats (Section 1) puis de leur exécution et de leur extinction (Section 2).

Section 1 : Les manifestations au stade de la formation du contrat

100. **Plan.** La tentation des juges de déformer le droit commun va se manifester au travers de deux notions classiques du droit français nécessaires à la formation du contrat, la cause (Paragraphe 1) et l'objet (Paragraphe 2) du contrat.

Paragraphe 1 : Le recours à la cause du contrat

101. **La cause : une notion phare protéiforme.** La cause du contrat, spécificité et fierté des juristes français est une notion qui va avec le temps se trouver progressivement déformée par les juges. Elle va tout d'abord peu à peu basculer d'une appréciation objective faite par les tribunaux à une appréciation subjective (I). La notion va ensuite devenir de plus en plus protéiforme par le biais de solutions opportunistes qui recherchent avant tout par ce moyen à protéger la partie faible du contrat (II).

I. Le mouvement de subjectivisation de la cause

102. **De la cause objective à la cause subjective.** Dans un premier temps, la seule notion entendue pour la cause était celle de la contrepartie au contrat, que l'on qualifiait « d'objective ». Pourtant cette notion de contrepartie va peu à peu évoluer afin de permettre aux

juges de procéder à un contrôle de proportionnalité du contrat (A). Ce contrôle va ensuite prendre davantage d'ampleur avec la subjectivisation de la cause mais la jurisprudence posera des garde-fous pour encadrer cette évolution (B).

A) Un contrôle de la proportionnalité du contrat par la cause objective

103. **La conception classique de la cause.** La cause était une condition de validité du contrat. Cette notion avait fait l'objet d'une étude toute particulière par la doctrine, à la fois en raison de sa place singulière au sein du paysage juridique français dont elle était une spécificité, mais aussi pour les nombreuses mutations qu'elle avait pu connaître au cours du temps.
Initialement, la cause était une condition de validité du contrat tirée du droit romain et elle se trouvait au sein du Code civil, aux articles 1108 et 1131[165]. Selon ces articles, pour qu'un contrat soit causé, il fallait que la cause existe et qu'elle soit licite. Elle était alors définie comme « ce qui est attendu en échange de chacun des engagements »[166]. Pour que le contrat soit considéré comme causé, il fallait que les contractants trouvent une contrepartie à leur engagement. Très proche de la théorie de l'autonomie de la volonté, celle qui était appelée la cause objective de l'obligation et était envisagée comme la raison immédiate pour laquelle les parties avaient contracté. Il s'agissait donc de rester au plus près de ce que les parties avaient chacune souhaité lors de cet échange.

104. **L'emploi de la cause dérisoire.** Une série d'arrêts en droit de la distribution avait pu être interprétée comme participant à un mouvement de déformation de la notion de cause.
Tout d'abord, dans un arrêt du 14 octobre 1997, la Cour de cassation avait prononcé la nullité d'un contrat en estimant que la cause de l'engagement d'une des parties était dérisoire[167]. En l'espèce, une société avait souscrit un contrat d'approvisionnement exclusif auprès d'un fournisseur qui en échange de cet avantage, promettait de procurer et garantir un prêt de 40 000 francs au distributeur. Il n'était donc pas ici question d'une absence de cause, puisqu'en échange de son approvisionnement, le fournisseur avait bien promis la garantie et l'obtention d'un prêt en retour.

[165] Art. 1108, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 ; [165] Art. 1131, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
[166] ROCHFELD (J.) « Cause - Notion de cause » - Répertoire de droit civil, Dalloz, 2012 (actualisation : juin 2016),
[167] Cass. Com., 14 octobre 1997, n°95-14285 ; Rev. du Notariat, Defrénois, 1998, 1040, MAZEAUD (D).

105. **L'exigence d'une contrepartie suffisante.** Les juges ne se contentèrent pas d'un simple constat, mais firent un véritable contrôle de la proportionnalité des engagements. Ce contrôle paraît d'autant plus audacieux, que le contrat était établi entre les deux sociétés depuis plusieurs années et que le distributeur ne se plaignit de ce déséquilibre que le jour où le fournisseur lui reprocha une inexécution de son contrat d'approvisionnement. Cependant, il était possible de douter de la portée d'une telle décision, s'écartant de la notion classique de cause objective, d'autant plus dans la mesure où celle-ci n'était pas publiée.

106. **L'emploi répété de la cause dérisoire.** Pourtant quelques années plus tard, le 8 février 2005, dans une situation similaire relative à un approvisionnement exclusif, la Cour de cassation réitéra sa solution[168]. Dans ce nouvel arrêt le fournisseur avait consenti en échange de l'exclusivité d'approvisionnement une caution simple du prêt du distributeur, alors même que celui-ci était déjà contre-garanti par deux personnes physiques. De la même manière, les juges ont pris en considération davantage la disproportion économique qui existait entre les prestations que le simple contrôle de l'existence de la cause. Pourtant, pour reprendre les mots de Monsieur Denis Mazeaud, normalement, « *l'équilibre objectif des prestations, qu'assure l'exigence d'une cause de l'obligation contractuelle, ne doit donc pas être confondu avec la nécessité d'une équivalence économique des engagements réciproques* »[169].

107. **Un instrument de contrôle du déséquilibre contractuel**. Dans ces deux arrêts la cause existait mais a été jugée dérisoire au regard du déséquilibre entre les prestations réciproques des parties. La cause devenait davantage un instrument aux mains des juges permettant de rééquilibrer le contrat qu'une simple condition de validité du contrat. Le juge ne se contentait plus de contrôler si l'existence de la cause, il vérifiait également si elle lui apparaissait suffisante.
La Cour de cassation allait peu à peu étendre le rôle de la cause dans les contrats afin d'en assurer l'équilibre mais allait tout en conservant une certaine modération dans son contrôle.

B) Un contrôle de la proportionnalité encadré

108. **La subjectivisation de la cause.** Les arrêts sur la notion de cause dans le droit de la

[168] Cass.com., 8 février 2005, Bull.civ, 2005, IV, N°21, p.24 ; RDC, LGDJ, 2005. n°3, 771, BEHAR-TOUCHAIS (M.)
[169] MAZEAUD (D.), « Cause de l'obligation », RDC, LGDJ, 2005, n°3, p. 684

distribution analysés précédemment s'inscrivaient comme une première étape de déformation du rôle de la cause. Un mouvement de subjectivisation de la cause allait par la suite se développer au sein des contrats. Si le célèbre arrêt Chronopost et ses suites en ont été sans conteste des figures emblématiques, nous procédons au choix de ne pas revenir trop en détail sur ces arrêts[170]. Tout d'abord, beaucoup d'encre a déjà coulé sur l'analyse de ces décisions et ensuite aucun arrêt important spécifique au droit de la distribution n'est venu réitérer ces prises de positions des juges.

109. **Un contrôle de la volonté des parties.** Dans ces arrêts, la Cour de cassation ne s'était pas contentée de constater l'existence d'une contrepartie, elle était allée jusqu'à rechercher l'intérêt voulu par les parties lors de la signature du contrat. Pour l'arrêt Chronopost notamment, il ne s'agissait plus de trouver la cause au sein de l'engagement de l'envoi du pli contre le paiement du prix, mais de rechercher la volonté des parties qui souhaitaient que cet envoi soit rapide. Les juges avaient ainsi anéanti une clause limitative de responsabilité qui venait réduire le montant dû par la société Chronopost en cas de livraison réalisée en dehors du délai imparti. Cette annulation des clauses litigieuses avait été perçue par la doctrine comme un contrôle de proportionnalité des juges venant assurer un rééquilibrage des obligations.

110. **Un champ d'action réduit au domaine des contrats de transports.** De plus, cet arrêt concernait un contrat d'adhésion qui venait protéger des professionnels dans une situation de force déséquilibrée[171]. Cette décision avait donc potentiellement vocation à embrasser de nombreux contrats, dont notamment les contrats de distribution. Les juges n'allaient pourtant pas chercher à profiter du large spectre de contrôle dont ils s'étaient dotés par la déformation de la notion de cause. Cette utilisation restera principalement limitée aux contrats de transport de marchandise sauf à quelques exceptions près[172].

111. **Une approche purement subjective.** Enfin, l'affaire Point club vidéo[173] s'inscrivait

[170] Cass.com. 22 octobre 1996, Bull.civ., IV, n°261 ; Voir notamment sur le sujet : D. 1997. 121, note SERIAUX (A), 145, chron. LARROUMET (C.), 175, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; RTD civ. 1997. 418, obs. MESTRE (J.) ; Contrats, conc., consom. 1997. Comm. n° 24, obs. LEVENEUR (L.) ; Defrénois 1997, 333, et nos obs. MAZEAUD (D.) ; JCP 1997, I, n° 4002, obs. FABRE-MAGNA (M.), n° 4025, obs. G. Viney, et II, n° 22881, obs. COHEN (D.) ; Palinéa 1997, 2. 519, note MARTIN (R.) ; JCP G, 1998, I, 152, note CHAZAL (J.-P.)

[171] LARROUMET (C.), D.1997. 145, chron, *Ibid*

[172] Elle sera également appliquée dans un contrat de licence de logiciel informatique : Cass.com. 13 février 2007, n°05-17407, ou encore un contrat d'entretien-réparation : Cass.com. 4 mars 2008, n°04-16069

[173] Cass. Civ., 3 juillet 1996, Bull. civ. I, n°286 ; Voir sur le sujet : D. 1997. 700, note REIGNE (Ph.), Defrénois 1996. 1015, obs. DELEBECQUE (Ph.). RTD Civ, 1996. 901, note MESTRE (J.) ; Defrénois, 1997, 336, note MAZEAUD (D.)

dans un mouvement de protection de la partie faible, semblable dans ses intentions, à la jurisprudence Chronopost. Par la recherche des motifs des partie au cours de l'exécution du contrat, les juges auraient la possibilité de relever l'inexistence de la cause et d'annuler le contrat Ce contrôle du contrat de la part des juges revenait à se prononcer sur la faisabilité de l'opération économique voulue par les parties et non là encore de vérifier l'existence d'une contrepartie.

Afin d'apporter davantage de proportionnalité dans des rapports déséquilibrés entre cocontractants, les juges avaient dépassé la simple vision de la recherche de contrepartie des prestations des parties au contrat. Cette déformation de la cause allait s'étendre bien au-delà de la subjectivisation de la notion, en faisant souvent preuve d'opportunisme.

II.L'utilisation opportuniste de la cause

112. **L'emploi par les juges de la cause déformée.** La cause allait être déformée non seulement dans le moment choisi pour son appréciation, mais également dans ses effets (A). Cette vision opportuniste qui laissait imaginer de vaste possibilité de l'utilisation de la cause dans les contrats, allait étonnamment entamer par la suite une phase de recul (B).

A) Une déformation multiple de la notion de cause

113. **Une déformation critiquée.** Le mouvement de subjectivisation de la cause avait entraîné une déformation de l'ensemble de la notion qui, même si elle avait pu être parfois saluée[174], a provoqué de vives critiques d'une grande partie de la doctrine, le professeur émérite Christian Larroumet, parlera même de « bavure » à ce sujet.

114. **Une déformation de la temporalité du contrôle de la cause.** Il s'agissait tout d'abord d'une déformation du moment de l'appréciation de la cause. Nous l'avons vu précédemment, la cause était selon le Code civil une condition de formation du contrat. Pourtant dans les arrêts Chronopost et ses suites ou dans l'arrêt Point club vidéo, le défaut de cause était constaté au cours de l'exécution du contrat. Par ce glissement la cause n'était plus seulement une condition de validité du contrat, mais une condition de « pérennité » qui imposait de vérifier que le contrat

[174] CAPITANT (H), *De la cause des obligations*, Dalloz, Paris, 1923, p.10 avant-propos « *On peut donc dire que la jurisprudence a rendu la vie à des textes dont la Doctrine a méconnu l'utilité. Elle a su en extraire la sève qui s'y trouve réellement contenue* ».

était causé tout au long de son existence[175]. La cause exercerait ainsi une influence sur le sort du contrat, même lorsque celui-ci avait été valablement formé[176].

115. **Une déformation de la sanction de la cause.** Il était ensuite question d'une déformation de la sanction de la cause. La cause étant une condition de validité du contrat, sa sanction était en principe la nullité du contrat. Pourtant dans les arrêts Chronopost, seule la clause litigieuse était réputée non écrite. Ce choix de se limiter à sanctionner uniquement la clause problématique traduisait un vrai opportunisme des juges qui souhaitent seulement arriver à leur fin en protégeant la partie faible. En effet, appliquer une totale nullité du contrat aurait sans doute davantage desservi la partie qu'ils cherchaient à protéger. En raison de la standardisation, la conclusion d'un nouvel accord, aurait des chances de faire figurer à nouveau la clause litigieuse sans résoudre le fond du problème.

116. **Un instrument de rééquilibrage entre les mains des juges.** L'utilisation qui était faite de la cause par les juges était ainsi doublement contestable, il ne s'agissait plus de veiller à l'existence d'une contrepartie dans le contrat, mais de viser une clause particulière afin de la rendre caduque en constatant une disparition de la cause au cours de l'exécution du contrat. La cause se trouvait bien éloignée de son rôle initial, tendant à devenir un véritablement instrument de justice contractuelle[177]. Cette déformation allait pourtant opérer par la suite un vif recul.

B) La mise en retrait provisoire de la cause

117. **Vers un retour généralisé à la conception classique de la cause.** Cette mise en retrait de la cause allait s'opérer de la manière la plus nette pour les suites de la jurisprudence Point club vidéo. Quelques années plus tard, la Haute Cour allait refuser la protection qu'elle avait accordée à la partie faible, alors même qu'elle se trouvait dans une situation similaire[178]. Si cet arrêt semblait venir nuancer l'arrêt Point club vidéo en renversant la charge de la preuve, un nouvel arrêt de 2009[179] allait quant à lui prendre fermement position pour un retour à une

[175] MAZEAUD (D.), « Cause », RDC, LGDJ, 2009, n°1, p.49
[176] Au soutien de cette approche de la cause voir : CAPITANT (H), *De la cause des obligations*, Dalloz, Paris, 1923, p.15 et CERMOLACCE (A), « Cause et exécution du contrat », PUAM, 2001
[177] GUEGEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », Recueil Dalloz, D. 1999. 352
[178] Cass.com., 27 mars 2007 n°06-10452
[179] Cass.com., 9 juin 2009 n°08-11420

conception classique de la cause[180].

Ensuite concernant la jurisprudence Chronopost, la Cour de cassation limitera majoritairement sa solution aux contrats de transport de marchandise sans l'étendre à d'autres contrats d'adhésion.

118. **Vers un retour à la conception classique dans les contrats de distribution.** Enfin, dans le cadre des contrats de distribution, la Cour de cassation semble finalement avoir fait machine arrière dans son contrôle de la proportionnalité des engagements. En effet, le 11 mars 2014, elle rejeta le pourvoi formulé par un distributeur qui avait souscrit un contrat d'engagement d'approvisionnement minimal auprès d'un fournisseur en échange de mobilier de terrasse d'une valeur de 6000 euros. Selon cet arrêt la faiblesse de l'engagement du fournisseur d'un point de vue quantitatif était compensée par sa qualité[181]. Les juges étaient ainsi invités à ne pas se limiter à apprécier la faiblesse de l'engagement du fournisseur, mais à rechercher l'utilité et l'intérêt que le mobilier apportait au distributeur[182].

Une analyse plus poussée de l'arrêt permet de douter de la portée du revirement opéré puisque des différences importantes marquent l'affaire par rapport aux précédents cas. Notamment, dans les deux arrêts rendus en 1997 et 2005 étudiés précédemment, il existait une exclusivité d'approvisionnement. Or dans cette espèce le client restait libre de ses achats pour 20% de ses besoins[183].

119. **Un mouvement de déformation avorté.** Après une phase de déformation de la cause, la jurisprudence a finalement semblé se raviser, en venant par ses dernières décisions, fermer les vannes d'une notion qu'elle avait « détourné » pour en faire un instrument d'équilibre dans les contrats. Cette tentation de déformation du droit commun des contrats va connaître un développement similaire à travers la notion d'objet du contrat.

Paragraphe 2 : Le recours à l'objet du contrat

120. **Plan.** L'objet fait partie des quatre conditions essentielles à la validité du contrat prévues

[180] Cass.com., 18 mars 2014 n°12-29453

[181] Cass.com., 11 mars 2014, n°12-29820, D.2015. 943 note FERRIER (D.) ; D.2015. 529 note AMRANI-MEKKI (S.), D.2015. 1557 note WICKER (D.),

[182] MAZEAUD (D.), « A propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile… », Dalloz, 2014, p.1915

[183] SAVAUX (E.), « Toujours la cause, avec des interrogations sur le rôle de la Cour de cassation en matière de contrôle de son existence », RDC, LGDJ, 2014, n°110r6. p.342

à l'article 1108 du code civil[184], et c'est par le biais de cette notion centrale que la jurisprudence va essayer d'instaurer un contrôle du prix dans les contrats (I) tout en la déformant (II).

I. L'objet comme instrument du juge dans le contrôle du prix

121. **Plan.** Les juges vont procéder par tâtonnement pour réussir à trouver un fondement juridique valable qui justifie que le prix soit fixé à l'avance par les parties (A). Ils vont d'abord opter pour l'article 1591 du Code civil avant de se raviser et de se fonder sur l'article 1129 du Code civil (B).

A) Le tâtonnement des juges dans la recherche d'un fondement juridique

122. **Le prix au sein du contrat-cadre.** La question de la détermination du prix au sein des contrats de distribution va connaître une évolution constante durant une trentaine d'années. Dans un premier temps, la jurisprudence va se concentrer sur le contrat-cadre. Cette figure nouvelle du paysage juridique, présente la particularité de s'étaler dans le temps. Le prix au sein de ces contrats, n'est pas figé et peut-être amené à évoluer au cours des années, rendant le contrat finalement moins favorable pour l'une des parties. Ainsi, à partir d'un arrêt du 27 avril 1971, la jurisprudence va décider d'annuler une série de contrat-cadres opposant des débitants de bières et des pompistes en conflits avec leurs fournisseurs.

123. **Un prix déterminé.** La Cour de cassation s'appuie sur le fondement de l'article 1591 du Code civil selon lequel « *le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties* »[185]. En rendant cet article applicable les juges estiment que le prix de vente doit être déterminé dès la conclusion du contrat-cadre, les parties ne pouvant se contenter d'une référence au « tarif catalogue » du fournisseur. Cette jurisprudence a clairement pour volonté de protéger la partie faible dans des contrats au sein desquels les puissances économiques sont inégales. L'objectif est d'éviter que les fournisseurs puissent abuser de leur position[186].

124. **Un fondement juridique critiquable.** Les juges vont être critiqués par la doctrine pour

[184] Art. 1108, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
[185] Art. 1591, C. Civ. Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804
[186] JEOL (M.), « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », Recueil Dalloz, D.1996.13

avoir visé l'article 1591 du Code civil puisque celui-ci est normalement relatif aux contrats de vente. Pour que l'article puisse s'appliquer il faudrait que les contrats-cadres soient vues uniquement comme des ventes successives or une telle vision est limitative et erronée. En effet ces contrats-cadres ont pour objet d'organiser de manière globale des rapports économiques et juridiques entre partenaires[187].

Les contrats-cadres ne sont donc pas des contrats de vente. L'article 1591 du Code civil n'étant pas applicable, les juges ont dû partir à la recherche d'un nouveau fondement leur permettant de pouvoir annuler ces contrats.

B) Une déformation de l'article 1129 du Code civil

125. **Une même solution, un nouveau fondement.** La Cour de cassation ne va pas modifier sa position par la suite et va uniquement se contenter d'abandonner l'article 1591 du Code civil au profit de l'article 1129. Ce nouvel article prévoit qu'« *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* »[188]. Les arrêts rendus le 11 octobre 1978 par la Cour de cassation, consacrent le contrôle du caractère déterminable du prix par le juge dans les contrats d'assistance et de fourniture[189]. Il serait ainsi contraire à la loi de renvoyer la fixation du prix à une date ultérieure à celle de la conclusion du contrat. Tout comme pour l'article 1591 du code civil, la sanction de cette indétermination est la nullité absolue de la convention.

126. **Un contrôle étendu.** L'utilisation de l'article 1129 du Code civil, permet aux juges d'étendre encore leur contrôle. En effet, cet article est situé au cœur des « dispositions générales » du Code et a ainsi vocation à régir tous types de contrats. Cette position des juges va être une nouvelle fois critiquée par la doctrine puisqu'elle réalise en réalité un véritable travestissement de l'article à des fins opportunistes. En effet, l'article 1129 fait référence à la chose et non pas au prix. Afin de favoriser l'extension de leur solution, les juges ont ainsi procéder à une analogie entre les deux notions[190].

[187] Cass.Com. 27 avr. 1971, n°70-10752, D. 1972.353, note GHESTIN (J.) ; 1972, II, n°16975, note BORE (J.) ; Cass.Com. 12 févr. 1974, n°72-13959, D. 1974.414, note GHESTIN (J.)

[188] Art. 1129, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

[189] Cass.Com. 11 oct. 1978, n°77-11624, JCP 1979, II, n°19034, note LOUSSOUARN (Y) ; D. 1979.135, note HOUIN (R.) ; RTD civ. 1979.129, obs. LOUSSOUARN (Y.).

[190] FRISON-ROCHE (M-A.), « L'indétermination du prix », RTD civ., 1992.269 « *Pour la Cour de cassation, la chose n'est qu'une espèce de ce que le texte viserait, au-delà d'elle, comme genre : l'objet de l'obligation ; le législateur*

127. **Transition**. Les juges déforment le droit commun pour étendre leur contrôle. La doctrine va une nouvelle fois critiquer cette création jurisprudentielle puisqu'elle craint un effet « toboggan », pour reprendre les mots de Michel Jeol, en raison du trop vaste champ d'application de l'article et des répercutions énormes qu'il pouvait avoir dans la pratique des contrats de distribution[191].
Pour éviter des annulations de contrat trop nombreuses qui viendraient perturber le monde du droit de la distribution, la Cour de cassation va essayer maladroitement d'affiner sa jurisprudence.

II.Une déformation du droit manquant de lisibilité

128. **Plan.** Afin d'atténuer sa jurisprudence initiée à partir des années 1970 qui permet de plus en plus facilement de remettre en cause des contrats de distribution pour indétermination du prix, la Cour de cassation va établir une distinction entre obligation de faire et de donner (A). Ce critère flou ne va faire qu'accentuer le sentiment d'opportunisme des juges qui semblent chercher avant tout à protéger la partie faible (B).

A) Le critère flou de l'obligation de faire ou de donner

129. **Obligation de faire ou de donner.** La Cour de cassation à l'écoute des critiques formulées par la doctrine va essayer de réduire le champ d'application de sa jurisprudence du 11 octobre 1978. Dans une décision du 9 novembre 1987, elle va distinguer entre d'une part les contrats créateurs d'une obligation de donner, soumis à l'obligation de détermination du prix, et d'autre part les contrats relatifs à une obligation de faire, qui échappent à cette obligation[192]. Selon cet arrêt, l'article 1129 du Code civil, aurait vocation soit à s'appliquer soit à ne pas s'appliquer en fonction du type d'obligations prévues au contrat.

130. **Des précisions sources de confusion.** La difficulté réside dans le fait que dans la plupart

a écrit « chose », mais l'interprète droit lire « objet de l'obligation », car la chose n'est pas considérée en elle-même, mais comme exemple d'objet de l'obligation ».

[191] JEOL (M.), « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) ». Recueil Dalloz, D. 1996.13

[192] Cass.Com. 9 nov. 1987, n°86-13984, D. 1989.35, note MALAURIE (Ph.) ; JCP 1989, II, n°21186, note VIRASSAMY (G.)

des contrats, les deux types d'obligation coexistent, il devient donc difficile de savoir si le contrat est soumis ou non à la détermination du prix. Pour cette raison, une nouvelle précision sera apportée par la haute juridiction, précisant qu'il faut distinguer si les « *stipulations du contrat comportaient essentiellement des obligations de faire, ou, au contraire, essentiellement des obligations de donner* »[193]. La chambre commerciale vient encore davantage troubler une notion qui était déjà vague. Cette distinction hasardeuse nuit à la prévisibilité juridique et justifie un flot de critiques de la part de la doctrine[194].

131. **Critique.** Il est étonnant de voir une construction prétorienne « tordre » la lettre d'un article du Code civil afin de donner un fondement juridique à une jurisprudence dont les critères sont à ce point « *incertains et fluctuants* »[195]. Cela s'explique sans doute par l'objectif qui se cache derrière ces multiples décisions : la recherche de la protection de la partie faible.

B) Des solutions opportunes cherchant à protéger la partie faible

132. **Une construction prétorienne en lien avec les besoins des contrats de distribution.** Toute cette construction doctrinale est liée à la figure du contrat de distribution. Ce type de contrat est souvent conclu pour une longue durée et pour cette raison, les parties ne s'engagent généralement que sur un contrat cadre prévoyant les points essentiels. La détermination du prix se fait au travers de contrats d'application qui s'adaptent constamment à l'évolution des coûts des matières premières ou de la réalité du marché.

133. **L'importance de la détermination du prix pour les contrats de distribution.** Le choix de l'obligation de la détermination du prix est donc une question majeure pour ces contrats puisque :

- Soit le prix doit obligatoirement être déterminé dès l'origine du contrat, et cela présente

[193] Cass.Com. 22 janv. 1991, n°88-15961

[194] TALON (D.), « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », Recueil Dalloz, D.1992.67; JEOL (M.), « Les contrats de distribution commerciale et la détermination du prix : un nouveau Yalta », Recueil Dalloz, D.1991.175 ; MESTRE (J.), « Nouvelle zone de turbulence pour l'article 1129 du code civil », RTD civ. 1991.322 ; « Le point sur l'application de l'article 1129 au 31 décembre 1991 », RTD civ. 1992.87 ; MALAURIE (Ph.), « Nullité d'une convention de distribution de matériel pour indétermination des prix : recherche si les stipulations du contrat comportent essentiellement des obligations de faire ou au contraire essentiellement des obligations de donner ». Recueil Dalloz, D.1991.501 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application », SJED, n°45, 1994, doctr.3800

[195] AYNES (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? » Recueil Dalloz, D.1993.25

le risque d'aboutir à un contrat dont le futur produit ou service aura des critères de détermination inadaptés à la réalité du marché.

- Soit la possibilité est laissée à une partie de déterminer le prix au cours de la vie du contrat, et cela expose à des possibilités de déséquilibres entre les parties, puisque l'un des contractants aura la libre possibilité de fixer seul le prix.

134. **Une construction prétorienne visant la protection de la partie faible.** La Cour a pris le parti de la seconde solution en engageant sa jurisprudence à partir du début des années 1970. L'objectif étant clairement de protéger le faible contre le fort. Cette analyse se dégage facilement à la lecture des décisions de justice prises jusqu'aux années 90. La nullité pour indétermination du prix est presque toujours prononcée pour dégager la partie économiquement faible de son engagement dans des contrats de distribution dans lesquels la partie forte impose ses conditions de prix[196]. Elle intervient le plus souvent lorsqu'il y a une inégalité marquée par une exclusivité ou une inégalité de force entre les parties ou encore une inégalité entre les prestations.

135. **Une construction prétorienne opportuniste.** Cette volonté de protection se voit également dans le choix des fondements juridiques. Tout d'abord l'article 1591 du Code civil puis l'article 1129 du Code civil, dont la généralité permettait une applicabilité aux contrats les plus divers[197]. Ce choix démontrait une volonté des juges d'intervenir d'une manière étendue dans tout type de contrat de distribution. Enfin, la mise en place de la distinction entre obligation de faire et de donner montre un recul des juges, qui ont essayé de limiter dans un second temps les risques[198] de remises en cause trop systématiques des contrats de distribution pour indétermination du prix par la partie faible.

Cet enchainement de justifications souvent peu ou mal justifiées par les juges, démontre là

[196] FRISON-ROCHE (M-A.), « L'indétermination du prix », RTD civ., 1992.269

[197] JEOL (M.), « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) ». Recueil Dalloz, D. 1996.13 « *l'article 1129 du code civil par son caractère « passe-partout », pouvait concerner n'importe quelle convention* ».

[198] AYNES (L.), « Conditions de validité d'un contrat de franchise : détermination du prix lors de la conclusion de contrats de vente successifs ». Recueil Dalloz, 1992.266, « *Elle* (la jurisprudence) *favorise les procès et en courage le détournement de la loi. On observe en effet que la nullité pour indétermination du prix est généralement invoquée après la cessation du contrat de distribution afin, non pas de se protéger contre… un abus du fournisseur, mais d'obtenir un avantage étranger à la finalité des articles 1591 ou 1129 du Code civil ; uen indemnisation de pertes d'exploitation ou, comme en l'espèce, la libération d'une obligation de non-concurrence, stipulée dans le contrat-cadre* ».

encore le côté opportuniste de ces solutions[199].

136. **Une construction aux excès dangereux.** Pour finir, si cette jurisprudence a été tant critiquée, cela s'explique sans doute par les conséquences très lourdes qui en découlait. Permettre à la partie faible de remettre en cause trop facilement le contrat, sous prétexte de protection, risquait de venir fragiliser les relations économiques des réseaux de distribution[200]. Il était préférable de rechercher une autre solution, privilégiant le maintien du contrat en le purgeant de ses déséquilibres excessifs[201].

137. **Une construction stoppée.** Un revirement de jurisprudence interviendra fort heureusement le 1er décembre 1995 pour remettre en cause cette construction jurisprudentielle hasardeuse. Les critiques doctrinales semblant avoir convaincu les tribunaux de ne pas faire de la détermination du prix un instrument de justice contractuelle[202], mettant fin à cette déformation du droit commun des contrats au stade de la formation du contrat. D'autres manifestations de ces déformations ont pu en revanche être constatées au cours de l'exécution et de l'extinction du contrat.

---

[199] VOGEL (L.), « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution ». Recueil Dalloz, D.1995.155 « *Toutes les justifications avancées apparaissent très théoriques et leur succession rapide dans le temps semble indiquer qu'elles masquent les véritables motifs de la jurisprudence. En réalité, le juge veut protéger la partie faible, à savoir le distributeur, et plus particulièrement le distributeur lié par une clause d'approvisionnement exclusif, qui se trouve ainsi placé dans une situation de dépendance économique accrue par rapport à son fournisseur* ». MALAURIE (Ph.), « Nullité d'une convention de distribution de matériel pour indétermination des prix : recherche si les stipulations du contrat comportent essentiellement des obligations de faire ou au contraire essentiellement des obligations de donner », Recueil Dalloz. D.1991.501 « *J'ai l'impression que derrière ces constructions savantes et artificielles, la jurisprudence veut protéger les pompistes de marque, les cafetiers ou les limonadiers, parce qu'ils sont dans une situation de dépendance à l'égard des compagnies pétrolières ou des brasseurs. Pourquoi, alors, ne pas le dire directement et simplement ?* »

[200] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La structure du contrat de distribution et la détermination du prix des contrats d'application ». LSJ, Ed. Générale n°45, 1994, doctr 3800 « *il faut aussi éviter que la nullité du contrat cadre ne soit le moyen technique permettant au distributeur de se dégager de ses obligations, ou de ne pas supporter les conséquences d'un inexécution qui lui est imputable, et cela alors même que le fournisseur n'a jamais pratique de prix abusifs* ».

[201] AYNES (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? » Recueil Dalloz, D.1993.25 *« Tout commande d'éviter la nullité. Dans un tissu de relations économiques qui laisseront inévitablement une empreinte durable sur le temps, la nullité et inutilement perturbatrice. Elle prive les contrats constitutifs du réseau de distribution de leur minimum vital, la prévisibilité. La menace d'une action en nullité qu'il suffira à l'une des parties d'exercer au gré de ses intérêts place les contractants dans un état de dépendance réciproque, qui rend précaire tout engagement* ».

[202] LEDUC (F.), « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », LSJ, Ed. Générale n°49, 1992, Doctr 3631

Section 2 : Les manifestations au stade de l'exécution et de l'extinction du contrat

138. **Déformation du droit au cours de la vie du contrat.** Ce mouvement de déformation du droit commun à des fins de protection de la partie faible a visé tout d'abord une protection lors de la naissance du contrat. Il s'est également développé au cours de la vie du contrat, lors de son exécution (Paragraphe 1), mais également lors de son extinction (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Au stade de l'exécution

139. **Une déformation en trompe l'œil.** Au cours des années 1990, les juges vont par le biais de deux décisions relatives à des contrats de distribution, laisser penser à une remise en cause du refus de la révision pour imprévision (I) avant de finalement réitérer leur solution prétorienne (II).

I. Une obligation de renégocier le contrat

140. **Vers une admission de la révision pour imprévision ?** Tout comme ils ont été tentés de déformer le droit commun au stade de la formation du contrat, les juges vont agir de manière similaire au stade de l'exécution du contrat. Là encore, c'est sur le terrain des contrats de distribution que les juges vont, par le biais de la notion de la bonne foi contractuelle venir découvrir des devoirs de révision et d'adaptation du contrat détachés de la volonté clairement exprimée par les parties. Ainsi, l'arrêt Huard[203], rendu le 3 novembre 1992, va avoir en doctrine un retentissement important puisqu'il va réanimer la question de l'admission de la théorie de l'imprévision.

141. **Obligation de renégocier sur le fondement de la bonne foi.** La Cour de cassation va condamner une compagnie pétrolière qui avait souscrit un contrat d'approvisionnement exclusif avec un distributeur, en s'appuyant sur le devoir de bonne foi. Elle reproche à cette société de ne pas avoir accepté de modifier ses tarifs afin de permettre à son distributeur de pratiquer des prix concurrentiels, alors même qu'il y avait eu un changement imprévisible des circonstances

[203] Cass.Com. 3 nov. 1992, n°90-18547

économiques[204]. La Cour semble ainsi admettre qu'il existait pour le cocontractant une obligation de renégocier le contrat en raison des circonstances particulières.

142. **Une décision réitérée.** Quelques années plus tard, la Cour de cassation réutilisera ce même raisonnement dans l'arrêt Chevassus-Marche en matière de mandat commercial[205]. Là encore, sur le terrain de la bonne foi (par l'obligation de loyauté), le mandant serait tenu de permettre à son mandataire de pratiquer des prix concurrentiels[206].

Par le biais de ces deux arrêts, les juges semblent montrer qu'ils sont en mesure de pouvoir imposer aux parties, au regard de circonstances nouvelles, une **révision** des conditions de départ sur lesquelles elles s'étaient pourtant entendues.

Si la Cour de cassation a pu, par cette série d'arrêt, laisser penser à une remise en cause de la théorie de l'imprévision, une analyse plus approfondie de ces décisions nous dévoile qu'il n'en est rien.

II. Une obligation avortée de réviser le contrat

143. **Une décision liée à la spécificité des faits.** Certains auteurs avaient pointé du doigt le fait qu'il ne fallait pas accorder à ces arrêts une trop grande importance[207]. Tout d'abord, cela s'explique par des données propres à l'espèce telles que la durée des relations contractuelles entre les parties ou l'importance des investissements réalisés. De plus, dans les deux arrêts, le contractant refuse de manière obstinée d'aider l'autre partie alors même qu'il est à l'origine des difficultés que celui-ci rencontre[208]. Le fait est donc imputable à l'un d'entre eux et ne provient pas d'un événement extérieur imprévisible[209].

[204] Com. 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 338, D. 1995. 85, obs. FERRIER (D.) ; RTD civ. 1993. 124, obs. MESTRE (J.), Defrénois 1993, art.35663, n°131, obs AUBERT (J-L.), JCP 1993, II, n°22164, note VIRASSAMY (G.),JCP 1992, I, n°3610, obs GATUMEL (D.).

[205] Com. 24 novembre 1998, Bull. IV, n°277 : JCP G 1999, I, n°143, n°5, obs. JAMIN (C.); JCP G 1999, II, n°10210, note PICOD (Y.) ; Defrénois 1999, art.36953, n°16, obs. MAZEAUD (D.); RTD civ. 1999.98, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; RTD civ. 1999.646, obs. GAUTIER (P-Y.).

[206] MESTRE (J.), « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », RTD civ. 1999.98

[207] GAUTIER (P-Y.), « Crise du contrat… ou crise du juge et de la doctrine ? », RDC, LGDJ, 2003, n°1, p.277 ; MESTRE (J.), « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », RTD civ. 1999.98 ; MOLFESSIS (N.), « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat ». Petites affiches 1998, n°117, p.21

[208] MESTRE (J.) « Une bonne fois franchement conquérante… au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat », RTD Civ. 1993, p.124

[209] FAUVARQUE-COSSON (B.), « Le changement de circonstances ». RDC, LGDJ, 2004, n°1, p.67

144. **Une obligation de renégocier et non un pouvoir de réviser.** Il est important de noter qu'à aucun moment la Cour de cassation ne reconnaît aux juges un pouvoir de réviser le contrat. Elle accorde tout au plus une obligation de renégociation du contrat[210] sur le fondement de la bonne foi.

145. **Deux décisions finalement isolées.** Le temps donnera finalement raison aux auteurs qui doutaient de la portée de ces arrêts. Aucun arrêt majeur ne viendra postérieurement reprendre les solutions dégagées par les deux arrêts. La jurisprudence Canal de Craponne et l'intangibilité du contrat continuent donc de constituer la loi d'airain du droit des contrats.
Pourtant, il est impossible de ne pas voir l'impact que cette tentative de remise en cause a eu dans le doit des contrats. Ces deux arrêts sont d'ailleurs des incontournables de tous les manuels de droit[211].

Paragraphe 2 : Au stade de l'extinction du contrat

146. **Une volonté d'éviter que les parties puissent se défaire trop facilement de leur contrat.** Les juges de la Cour suprême vont là encore initier des jurisprudences novatrices afin de favoriser une meilleure protection de la partie faible au détriment de la liberté contractuelle. Ainsi, quand bien même cette partie aurait respecté les conditions de sorties fixées par le contrat, elle ne doit pas avoir abusé de sa position (I). Les parties ont également la possibilité d'aménager par le biais de clauses, les conséquences futures de leur éventuelle rupture. Cependant, là encore, même en l'absence de disposition légale sur la question, les juges vont venir encadrer ces clauses pour éviter qu'une partie se retrouve empêchée de manière trop disproportionnée pour l'avenir (II).

I. Des limitations dans la liberté de rompre

147. **Double limitation à la liberté de rompre.** En droit commun des contrats, le principe demeure celui de pouvoir rompre librement son contrat. Pour cette raison, une partie est en droit de ne pas renouveler le contrat qu'elle a signé avec son cocontractant. Pourtant la jurisprudence va imposait plusieurs limites en s'orientant d'une part vers une interdiction de pouvoir rompre

[210] MAZEAUD (D.), « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », Dalloz, 2007, p.765
[211] GAUTIER (P.-Y.), « Crise du contrat… ou crise du juge et de la doctrine ? ». RDC, LGDJ, 2003, n°1, p.277

brutale une relation commerciale de longue date (A) et d'autre part au travers de la découverte d'un principe de cohérence (B).

A) Vers une interdiction de rompre brutalement les relations commerciales

148. **L'organisation de la rupture par le droit commun des contrats.** Si la rupture du contrat est toujours possible, elle doit toujours respecter une limite, celle de l'abus (1). En revanche, si normalement en toutes circonstances, la partie qui rompt le contrat n'a jamais l'obligation d'en motiver les raisons ; les juges ont semblé entamer un mouvement de mise en place d'interdiction des ruptures brutales des relations commerciales (2).

1) La rupture de la relation commerciale possible dans la limite de l'abus

149. **Plan.** Dans les contrats de distribution, il est possible de constater un abus, aussi bien dans le non-renouvellement des contrats à durée déterminée (a) que dans la rupture les contrats à durées indéterminée (b).

a) L'abus dans le non-renouvellement de contrat à durée déterminée

150. **La rupture du contrat à durée déterminée.** Il n'est pas rare au sein des contrats de distribution que les parties décident de recourir uniquement à des contrats à durée déterminée. Le contrat prend normalement fin une fois que le dernier contrat est exécuté selon une date précise. En principe la rupture de ce contrat est prohibée, mais, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil qui énonce que « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* », elle sera possible en cas d'inexécution fautive des engagements contractuels d'une des parties. Cette inexécution devra être marquée d'un certain degré de gravité[212].

151. **La limitation du non renouvellement du contrat à durée déterminée.** En dehors des hypothèses de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, celui-ci prendra fin lors de la

[212] F-L. SIMON (F.-L.), *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Joly-Lextenso éd, 2009, p.338 100 Ibid. p.345-347

survenance du terme qui a été fixé par les parties. Elles peuvent alors faire le choix de renouveler ou de proroger le contrat. Normalement, il n'existe aucun impératif pour l'une des parties de renouveler le contrat de son partenaire. Pourtant, la Cour de cassation a admis, dans certaines circonstances, que le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée puisse être fautif. Ainsi les comportements déloyaux, comme celui de faire croire à l'autre partie sa volonté de reconduire le contrat peuvent être sanctionnés. A titre d'exemple, dans un arrêt du 3 juillet 2001[213], une société avait exigé de son cocontractant qu'elle résilie avant terme et sans indemnité un contrat de concession Porsche, en l'échange de l'assurance de la reconduction de sa concession Mitsubishi. Le promettant décide finalement de ne pas renouveler le contrat sans fournir à son ancien partenaire la moindre explication. La Cour de Cassation a alors validé la décision des juges de la Cour d'appel en rappelant que la société avait « *agi déloyalement et abusé de son droit de ne pas renouvelle le contrat* ».
L'abus pourra également se manifester dans la rupture du contrat à durée indéterminée.

b) L'abus dans la rupture du contrat à durée indéterminée

152. **L'abus de droit : rempart aux ruptures trop soudaines.** Les contrats de distribution sont souvent marqués par leur durée, ainsi les parties décident souvent de formaliser leur relation par un contrat à durée indéterminée. Il est important de noter que ces contrats peuvent être résiliés de façon unilatérale par chacune des parties puisque les engagements perpétuels sont prohibés en droit français. Cette liberté de rompre un contrat à durée indéterminée a été affirmée par la Cour de cassation[214] et a valeur constitutionnelle[215]. Ce droit de résiliation s'exercera cependant dans la limite du droit commun de l'abus de droit. Ainsi, une rupture brutale ou sans préavis d'un contrat de distribution peut être sanctionnée si elle est abusive. Dans ce type de contrat à exécution successive, le respect du préavis constitue une règle générale ayant pour but d'éviter au maximum que la rupture ne crée un éventuel préjudice pour l'une des parties. En revanche, il n'est pas nécessaire pour la partie qui résilie le contrat de fournir les motifs de la rupture.

153. **Une volonté de restreindre les ruptures trop brutales et imprévisibles.** Ce type de contrat a vocation à s'étaler sur une durée très importante. Le droit commun et la jurisprudence

[213] Cass.Com 3 juillet 2001 : n°98-23.070
[214] Cass.Com. 27 octobre 1970, n°69-12583
[215] Cons.Const. 9 novembre 1999 : décision n°99-419 DC

cherchent à éviter au maximum des ruptures trop brutales qui pourraient porter préjudice à l'un des contractants. Dès lors que l'un des partenaires incite l'autre à prendre des décisions professionnelles stratégiques liées au renouvellement du contrat, il est important que sa responsabilité puisse être retenue en cas rétractation soudaine.
L'hypothèse d'abus dans le non renouvellement au sein des contrats à durée indéterminée peut semblait aller de soi, en raison de la possibilité qu'ont les parties de rompre leur contrat à tout moment. En revanche, cela ne relève pas de l'évidence au sein des contrats à durée déterminée puisque ceux-ci sont pourvus d'un terme extinctif. L'arrêt de la relation d'affaires avec l'autre partie est donc parfaitement prévisible[216].

154. **Le principe demeure celui de la liberté de rompre.** L'analyse des contrats à durée indéterminée et déterminée montre bien que quel que soit le type de contrat le principe est celui de la liberté de rompre la relation. Il y a cependant une limite à ne pas dépasser : celle de l'abus de droit. En raison de cette liberté, le non-renouvellement du contrat ne nécessite aucune obligation de motivation de la part de la partie qui décide de ne pas poursuivre la relation commerciale.

2) Les prémices de l'interdiction de rupture brutale des relations du droit spécial de la distribution en droit commun des contrats

155. **Le droit au renouvellement du contrat n'existe pas.** Lorsque le contrat arrive à son terme, en dehors de stipulations contractuelles, une partie ne peut pas se prévaloir d'un droit au renouvellement de son contrat. La jurisprudence décide avec constance qu'une des parties est en droit de refuser de renouveler le contrat, quel que soit le mérite, les investissements ou le chiffre d'affaires de son partenaire, et cela sans avoir à motiver sa décision[217]. Ne pas imposer aux contrats de distribution un droit au renouvellement est conforme à la philosophie du droit commun qui se doit non seulement de garantir la force obligatoire du terme extinctif du contrat mais aussi de ne pas compromettre la liberté contractuelle des parties qui doivent pouvoir choisir si elles souhaitent véritablement poursuivre l'aventure. L'absence de motivation du déréférencement ne suffit donc pas à constituer l'abus. Les juges estiment qu'il revient au

[216] GARINOT (J.-M.), « Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat ? », Recueil Dalloz, 2014, p.2014
[217] Com. 25 avr. 2001, no 98-22.199, D. 2001, somm. 3237, obs. MAZEAUD (D.), Com. 6 juin 2001, no 99-10.768, RJDA 2001, no 1201, p. 998. – Com. 3 juill. 2001, no 98-23.070 , RTD civ. 2002. 99, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.)

commerçant de mesurer les risques de son activité commerciale et les éventuelles pertes qui peuvent advenir dans ses investissements.

156. **Une logique en accord avec le monde des affaires.** Cette liberté de rupture fait écho à une certaine idée de souplesse que réclament les professionnels. Il parait normal par exemple qu'un franchiseur puisse se défaire d'un franchisé qu'il ne trouve pas compètent et dont il n'est pas satisfait. Certains opérateurs économiques peuvent tout à fait désirer ne pas être lié de manière trop contraignante avec un partenaire pour s'accorder une certaine souplesse[218].

157. **Une logique qui fait abstraction de la réalité des contrats déséquilibrés.** Il est vrai cependant que les rapports de force sont souvent déséquilibrés dans les contrats de distribution. Il n'est donc pas certain que les parties aient négocié convenablement la durée de leur contrat lors de sa souscription. A cela s'ajoute le fait qu'il faut souvent de nombreuses années pour véritablement amortir les investissements réalisés dans son affaire. Une frange de la doctrine estimait qu'il était nécessaire que le partenaire commercial éconduit puisse s'assurer d'une plus grande stabilité.

158. **Une réaction de la jurisprudence. Ainsi** dans un Arrêt Bridel[219], la chambre commerciale a pu condamner, le 28 février 1995, la pratique abusive de la rupture brutale des relations commerciales établies. En effet, la Cour de cassation décidait de condamner la société Bridel d'avoir brutalement cessé ses relations commerciales alors même qu'elle entretenait avec la société victime de la rupture un courant d'affaires exponentiel depuis sept années. Il lui était de plus reproché d'avoir « *laissé croire que leurs relations allaient se poursuivre normalement* ».
Cet arrêt isolé a pu être interprété par la doctrine comme une réduction de la liberté de contracter. Les juges semblent s'être fondés sur plusieurs critères : à la fois sur la croyance de la victime quant à la pérennité du rapport, la durée de la relation ou encore la dépendance économique de la victime[220].

[218] GARINOT (J.-M.), « Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat ? », Recueil Dalloz, 2014, p.2014
[219] Cass.Com. 28 février 1995, n°93-14437
[220] MESTRE (J.), « Où est sanctionnée la rupture de relations commerciales régulières ». RTD civ, 1995, p.885 ; CAPORALE (F.), « La notion de relation commerciale établie », Cahiers de droit de l'entreprise n°1, 2014, dossier 2

159. **Un arrêt sous forme de feuille de route pour le législateur[221].** En conséquence, si le droit commun refuse traditionnellement de sanctionner le non-nouvellement des contrats pour respecter le principe de liberté de rupture les juges ont souhaité guider le législateur, au travers d'un arrêt de droit commun, en posant les bases de la future réglementation spéciale en matière de rupture brutale d'une relation commerciale établie[222].
Une autre limitation à la liberté de rupture a également été découverte par la jurisprudence, celle de la nécessité pour les parties d'être cohérentes.

B) La découverte d'un principe de cohérence contractuelle

160. **L'obligation d'avoir une attitude cohérente.** Le droit de la distribution va peu à peu voir émerger un principe de cohérence, érigé par la jurisprudence. Ce principe interdit à un contractant d'avoir un comportement incohérent entre ses demandes et ses actes envers l'autre partie. Si ce principe va avoir des conséquences non négligeables dans la rupture des contrats distribution (A), il présente tout de même certaines limites dans l'étendue de son application (B).

1) La portée du principe de cohérence en droit de la distribution

161. **La cohérence : entorse à la liberté de rompre.** Une fois encore, c'est à l'occasion d'une jurisprudence audacieuse rendue par la Cour de cassation le 5 avril 1994[223], que va émerger un principe venant limiter la liberté contractuelle. Dans cet arrêt, la Cour suprême va rejeter le pourvoi au motif qu'était abusive la résiliation d'un contrat qui avait imposé « *d'importants efforts d'investissement et de publicité* » au concessionnaire alors même que le concédant avait l'intention de rompre leurs relations. Une décision similaire sera rendue dans le même sens par la suite le 20 janvier 1998[224].
Le principe du droit des contrats est celui de la liberté de ne plus contracter. Pourtant, par cette

[221] V. infra n°255
[222] MEGNAN-MERRAN (K.), « La rupture brutale : pour un regain de confiance autour du texte », AJ contrat, 2019, p.13, l'auteur voit l'arrêt Bridel comme l' « antichambre » du futur dispositif spécial
[223] Cass.com. 5 avril 1994, n° 92-17.278, D. 1995. 355, note VIRASSAMY (G.), 69, obs. FERRIER (D.), et 90, obs. MAZEAUD (D.) ; RTD civ. 1994. 603, obs. MESTRE (J.) ; RTD com. 1994. 773, obs. B. Bouloc ; CCC 1994. Comm. 159, obs. LEVENEUR (L.).
[224] Cass. com. 20 janv. 1998, n° 96-18.353, D. 1998. 413, note JAMIN (C.), 333, obs. FERRIER (D.), et 1999. 114, obs. MAZEAUD (D.) ; RTD civ. 1998. 675, obs. MESTRE (J.) ; RTD com. 1998. 661, obs. BOULOC (B.) ; CCC 1998. Comm. 56, obs. LEVENEUR (L.); JCP 1999. II. 10085, obs. CHAZAL (J-.P.).

décision, la Cour vient nuancer cette liberté[225]. Il serait sans doute risqué de parler d'estoppel, au regard des diverses formes que peut revêtir ce concept anglosaxon[226], mais les juges ont clairement développé un principe de cohérence pour le cocontractant.

162. **L'importance de l'attitude sur les croyances du cocontractant.** Ce nouveau principe, se raccrochant à la notion de bonne foi, interdit au concédant de laisser croire au concessionnaire à une certaine stabilité contractuelle. En effet, en lui imposant des investissements importants, le concédant fait légitimement espérer, de manière indirecte à un contrat qui s'inscrit dans la durée. Le concessionnaire présuppose forcément qu'il pourra amortir son investissement dans le temps[227].
Cette jurisprudence, imposant davantage de loyauté à la partie forte, portait l'espoir d'une possible moralisation des contrats d'affaires. En réalité, ces décisions vont rester isolées et les juges vont limiter la portée du principe de cohérence.

2) Les limites du principe de cohérence en droit de la distribution

163. **Les possibles utilisations du principe de cohérence**. La mise en place de ce principe de cohérence pouvait laisser supposer le développement progressif d'un « surcroît de loyauté » de la partie forte à l'égard de l'autre[228]. Cela aurait pu ainsi avoir des conséquences diverses pour venir mieux encadrer la fin des relations dans les contrats de distribution.
En effet une partie de la doctrine voit dans le contrat de concession, un contrat d'intérêt commun marqué par un lien fort entre les parties[229]. Dans les décisions vues précédemment, il était finalement reproché à la partie forte de ne pas se soucier de l'avenir de son cocontractant en le mettant dans des conditions de rupture difficiles[230].

[225] VIRASSAMY (G.), « S'agissant d'un contrat conclu pour une durée déterminée qui a été régulièrement dénoncé avant son expiration, le concédant n'a pas à tenir compte des investissements réalisés par le concessionnaire et il n'est pas tenu de motiver sa décision », Recueil Dalloz, 1995, p.355
[226] FAUVAQUE-COSSON (B.), « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », RDC, LGDJ, 2006, n°4, p.1279.
[227] FAGES (B.), « L'abus dans les contrats de distribution », JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise, 1998, n° 6, p. 16. « *Chaque fois que des investissements sont réalisés sous la pression de la partie forte, l'autre est en droit de s'attendre à une certaine stabilité de leurs rapports* »
[228] STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », Recueil Dalloz, D.2002, p.1974
[229] CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 235 s.
[230] BEAUCHARD (J.), « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit*, *mélange Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008 p. 45 et s.

164. **Les limites du principe de loyauté.** Dans ces conditions, il était légitime de se poser la question suivante : jusqu'où devait s'étendre cette loyauté ? La Cour de cassation va rappeler qu'elle ne peut pas accorder au contractant, plus de protection que ce que le contrat prévoit. Ainsi, dès 2002, elle affirme que l'exigence de bonne foi du concédant ne l'oblige pas à porter assistance pour la reconversion de son concessionnaire à la suite de la fin de leurs relations contractuelle[231].

165. **Les limites de la bonne foi.** De la même façon, la bonne foi ne donne droit à aucune obligation de motivation[232] de la rupture ni à aucune indemnité d'éviction du concessionnaire[233] qui n'aurait pas été prévue au contrat[234]. Dès lors la jurisprudence marquait un véritable coup d'arrêt dans la possibilité d'une utilisation extensive de la notion de bonne foi.

166. **Un soubresaut isolé du principe de cohérence.** Cependant, le 8 octobre 2013, en matière de concession, un arrêt de la chambre commerciale[235] va laisser planer le doute d'une résurgence du principe de cohérence au sein des contrats de distribution. En effet, la Cour de cassation va condamner sur le fondement de l'obligation de bonne foi un concédant qui a activement entravé la reconversion du concessionnaire. Le présent arrêt demeurera un cas d'espèce. Denis Mazeaud parlera à juste titre d'un « *éclair solidariste* » au sujet de cette décision isolée qui n'aura remis le principe de cohérence sur le devant de la scène que le temps d'un dernier tour de piste[236].

---

[231] Cass. com. 6 mai 2002, n° 99-14.093, D. 2002. 1754, obs. CHEVRIER (E.) ; D. 2002. Somm 2842, obs. MAZEAUD (D.) ; *ibid*. 3008, obs. FERRIER (D.) ; RTD civ. 2002. 810, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; RTD com. 2003. 157, obs. BOULOC (B.) ; CCC 2002. Comm. 134, note LEVENEUR (L.) ; JCP 2002. II. 10146, note STOFFEL-MUNCK (Ph.); *adde* MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), Rupture d'un contrat de distribution : motivation, reconversion, bonne foi, JCP E 2014. 1083

[232] Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14.158 ; Cass. com., 25 avr. 2001, n° 98-22.199 ; D. 2001. 3237, MAZEAUD (D.) ; RTD civ. 2002. 99, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.). - Cass. 1re civ., 21 févr. 2006, n° 02-21.240 ; JCP E 2007, 1348, § 5 ; Bull. civ. 2006, I, n° 82 ; RTD civ. 2006, p. 314, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.). - Comp. cependant, Cass. com., 3 nov. 2004, n° 02-17.919 ; RDC 2005. 1130, obs. BEHAR-TOUCHAIS (M.) ; JCP E 2005, 1177, obs. MAINGUY (D.) et RESPAUD (J-.L (D. Mainguy et J.-L.)

[233] Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-13.142, LPA 3 juill. 2003, n° 132, p. 41, note MATHEY (N.) ; JCP E 2002, Cah. dr. entr. n° 3, p. 33, obs. MAINGUY (D.) ; CCC 2002, comm. 78, note ; MALAURIE-VIGNAL (M.) ; D. 2002, act. Jurispr. 567, obs. CHEVRIER (E.) ; D. 2002, somm. 3009, obs. FERRIER (D.)

[234] MAZEAUD (D.), « un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution », Recueil Dalloz, 2013, p.2617

[235] Cass.Com. 8 octobre 2012, n°12-22952, RTD com 2014. 388 BOULOC (B.) ; RTD civ. 2014. 117 FAGES (B.) ; D. 2013. 2617 MAZEAUD (D.) ; LSJ. Entreprises et affaires. 6. 2014. MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) ; CCC. 1. 2014. LEVENEUR (L.), CCC, 12. 2013. MATHEY (N.)

[236] MAZEAUD (D.), « un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution », Recueil Dalloz, 2013, p.2617

167. **La limitation du principe de cohérence.** Une fois encore, après avoir dégagé un principe de cohérence en matière de contrat de distribution, les juges opèrent finalement machine arrière en venant limiter la portée pour finalement mieux l'encadrer. Un mouvement similaire peut être analysé dans l'aménagement de la rupture des contrats de distribution.

II. L'aménagement de la rupture des contrats de distribution

168. **L'encadrement des relations post-contractuelles.** Le principe de liberté contractuelle, permet normalement aux parties de pouvoir établir dès la formation du contrat des obligations qui continueront à s'appliquer suite à la disparition de celui-ci. Il en est ainsi des clauses de non-concurrence. La difficulté réside dans le fait que cette liberté de contracter vient s'opposer à celle d'entreprendre. Pour admettre ce type de clause, la jurisprudence va donc poser des garde-fous et en contrôler la proportionnalité (A). Cette limitation a pour objectif de protéger la partie faible. Cependant les juges vont veiller à ne pas surabonder dans ce sens. Ainsi ils vont constamment refuser les demandes d'indemnisation non organisée par le contrat, en contrepartie de la souscription de ce type de clause (B).

A) Le contrôle de la proportionnalité des clauses de non-concurrence dans les contrats de distribution

169. **La clause de non-concurrence dans les contrats de distribution.** La mise en place de clause venant interdire la concurrence pendant la durée du contrat est presque toujours suivie par une clause de non-concurrence post-contractuelle. Ces clauses ont un intérêt particulier dans les contrats de franchise puisqu'elles ont pour but de protéger le savoir-faire du réseau. Pour autant, cette clause est hautement attentatoire aux droits des franchisé puisqu'elle vient en contradiction avec le principe de la liberté d'entreprendre[237].

170. **Des clauses encadrées.** En raison de l'atteinte à cette liberté, les clauses vont devoir, pour être valables, être proportionnées. Dans un premier arrêt de 1995, la Cour de cassation décide que sont valables les clauses « *contenues dans les contrats de franchisage, dès lors que ces clauses empêchent que le savoir-faire et l'assistance apportés par le franchiseur ne*

[237] MARCINKOWSKI (M.), « La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise. AJ contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016, p.16

profitent à un concurrent »[238].

Le droit commun va s'inspirer de la jurisprudence développée par le droit social en matière de clause de non-concurrence afin de venir les encadrer.

171. **Une triple limitation.** Les juges ont imposé une limitation des clauses quant à leur objet, leur durée et leur étendue géographique, afin que le franchisé ne soit pas empêché d'exercer son activité en tout lieu et pour toujours. De plus, dans une décision du 24 novembre 2009 la Cour de cassation emboitait le pas de la chambre sociale[239] et affirmait le caractère cumulatif des restrictions : « *la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise n'est subordonnée qu'à la condition que cette clause soit limitée dans le temps et dans l'espace* »[240].

172. **Un lien entre contrat de travail et contrat de franchise.** L'analyse de ces arrêts permet de dresser un constat : le droit commercial influencé par le droit social a strictement encadré les conditions de validité des clauses de non-concurrence. Une partie de la doctrine voit dans cette « porosité », la manifestation d'un phénomène plus profond qui tient à la proximité structurelle du contrat de travail et du contrat de franchise[241]. La chambre commerciale reprend à son compte l'encadrement des clauses de non-concurrence mis en place par la jurisprudence sociale. Pour cette raison, il est légitime de se demander si l'indemnisation de la clause de non-concurrence qui est obligatoire en droit social, sera finalement aussi transposée en droit de la franchise.

B) L'absence d'indemnisation de la perte de clientèle

173. **La clause de non-concurrence indemnisée en droit social.** La chambre sociale de la Cour de cassation par trois arrêts en date du 10 juillet 2002[242] opère un revirement de jurisprudence, affirmant que les clauses de non-concurrence, pour être valables, doivent désormais comporter une contrepartie pécuniaire au profit du salarié.

---

[238] Cass.com., 14 novembre 1995, n°93-16.299 *;* D. 1997, somm. p. 59, obs. FERRIER (D) ; La cour confirmera par la suite son arrêt. Voir Cass.com., 12 mars 2002, n°99-14.77

[239] Cass.soc. 10 juillet 2002, n°99-43.334

[240] Cass.com. 24 novembre 2009, n°08-17.650 ; RDC 2010, n°3, p.921, obs BEHAR-TOUCHAIS (M.)

[241] JAMIN (C.), « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », Recueil Dalloz, D.2003. 2878

[242] Cass.soc. 10 juillet 2002, n° 00-45.137 ; n° 00-45.387, D. 2002. 2491, note SERRA (Y.), note Y. Serra ; *ibid.* somm. 3111 ; D. 2003, somm. 1222, obs. THUILLIER (B.) ; JCP 2002. II. 10162, note PETIT (F.) ; Dr. soc. 2002. 949, note VATINET (R.) ; RDC 2003. 142, obs. RADE (C.)

Pour une partie de la doctrine, il semblait naturel qu'une fois encore le droit commercial, par le biais des contrats de distribution, emboite le pas du droit social et reconnaisse une contrepartie financière en l'échange de la souscription d'une telle clause[243].

174. **La reconnaissance d'une clientèle locale pour le franchisé.** Dans un premier temps, ils vont reconnaître par le biais de la célèbre jurisprudence Trévisan[244], une clientèle locale au franchisé. La Cour procède à une distinction entre la clientèle locale et nationale. Il existerait ainsi une clientèle au plan national, laquelle est attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, et une clientèle au plan local, qui n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé.
Pour certains auteurs, il ne serait désormais plus admissible de reconnaitre la validité d'une clause de non-concurrence sans contrepartie. Une telle reconnaissance reviendrait à exproprier l'ancien franchisé d'exercer son activité[245].

175. **Une reconnaissance non suivie d'effets.** Les juges vont pourtant faire preuve de davantage d'orthodoxie et refuser de créer une indemnité protectrice de la partie faible. Ce courant de pensée ne va pas être suivi par les juges puisque par deux décisions du 23 octobre 2012, ils vont confirmer que le franchisé ne peut espérer être indemnisé pour la perte de sa clientèle en se fondant sur l'enrichissement sans cause[246]. La chambre commerciale refuse de reprendre à son compte les décisions de la chambre sociale qui encadrait strictement les clauses de non-concurrence. Elle aurait pu se montrer encore plus protectrice de la partie faible en franchissant le pas de la reconnaissance d'une contrepartie. Elle ne fera pas ce choix, son objectif de protection s'effaçant derrière l'autonomie de la volonté et le droit de choisir les clauses que l'on souhaite insérer à son contrat.

---

[243] JAMIN (C.), « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », Recueil Dalloz, D.2003. 2878 « *ne faudrait-il pas s'inspirer de la jurisprudence de la Chambre sociale jusqu'à son terme, et donc inciter le juge à privilégier la liberté d'entreprendre du franchisé, quand il est impossible de la concilier avec la protection des intérêts légitimes du franchiseur ?* »
[244] Cass.civ 3e civ. 27 mars 2002, n°00-20.732 ; D. 2002, Jur. 2400, note KENFACK (H.), et AJ. 1487, obs. CHEVRIER (E.) ; JCP 2002, II, 10112, note AUQUE (F.) ; *adde*, MAROT (Y.), « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », Petites affiches, 4 févr. 2003, n° 25, p. 3 s.
[245] FERRIER (D.), « Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence » Cah.dr.entr. 1983, n°1, p.21
[246] Cass.com 23 octobre 2012, n°11-21.978 et n°11-25.715, D.2012. 2862, DISSEAUX (N.) ; RDC, 2013, n°2. 641. GRIMALDI (C.) ;

CONCLUSION CHAPITRE 2

176. **Des notions déformées par les juges**. Les contrats de distribution sont venus en quelque sorte bouleverser le paysage juridique français. En l'absence d'intervention du législateur pour encadrer ces contrats souvent marqués par des déséquilibres, les juges ont décidé de parfois « tordre » le droit commun des contrats pour permettre une meilleure protection des contractants. Ainsi, des notions aux contours flous telles que la cause ou la bonne foi ont été instrumentalisées pour atteindre cet objectif.

177. **Le juge n'est plus la simple « bouche de la loi ».** Le mouvement de déformation du droit commun mis en place par les juges a révélé leur pouvoir créateur. Cependant, il est intéressant de noter que la Cour de cassation a semblé souvent utilisé ce pouvoir créateur à contrecœur. En effet, qu'il s'agisse de la révision du contrat, du principe de cohérence ou du contrôle de la rupture du contrat, un même mouvement s'est à chaque fois répété : les magistrats de la Haute Cour ont dans un premier temps déformé le droit commun pour permettre d'assurer la protection de la partie faible avant de finalement cesser d'utiliser les concepts juridiques dont elle s'était elle-même dotée.

178. **Une déformation du droit par les juges comme forme de provocation au législateur.** Cette attitude peut se justifier par la pleine conscience de la part des juges de leur pouvoir créateur et de leur portée. Pour reprendre les mots du professeur Frédéric Rouvière « *C'est parce que le juge est créateur de droit qu'il doit en toute conscience limiter son pouvoir en essayant d'être fidèle au texte et à ses propres précédents. C'est le prix à payer pour une certaine stabilité* »[247].

Il est donc possible de traduire cette déformation passagère du droit commun par les juges comme un « appel du pied » au législateur. Les juges, par quelques arrêts phares ont pointé du doigt les lacunes protectrices de notre droit avant de finalement entamer une marche arrière.

Les juges, emprunts d'une idéologie sociale, ont cherché à élaborer un régime qui tienne compte des spécificités des contrats de distribution. Cependant, il transparait dans l'évolution de leurs décisions qu'ils étaient parfaitement conscients du fait que le droit commun n'était pas

[247] ROUVIERE (F.), « L'image traditionnelle de la Cour de cassation est-elle un frein à sa réforme ? », RTD civ, 2020, p.985

forcément le terrain idéal pour construire un régime propre à ces contrats. Le droit commun doit normalement être applicable à tous les contrats et il est donc difficilement envisageable d'organiser un régime de protection spécifique par son intermédiaire. La déformation du droit commun n'était donc qu'une étape visant à attirer l'attention du législateur et à lui intimer de se saisir de cette question.

CONCLUSION TITRE I

179. **La nécessaire déformation du droit commun en l'absence de droit spécial.** Les contrats de distribution sont de nouvelles figures juridiques qui apparaissent dans le paysage économique du XXème siècle. Ils vont participer à un véritable bouleversement du droit des contrats[248] puisqu'ils ne correspondent pas au droit tel qu'il a été pensé par les rédacteurs du Code de 1804.

En l'absence de droit spécial développé pour réglementer les contrats de distribution, les parties se sont rapidement aperçues qu'elles étaient insuffisamment protégées par le droit commun.

Les juges vont donc être de plus en plus tentés de déformer le droit commun. L'idée est de réveiller des textes trop figés dans leur temps. L'analyse des différentes décisions des juges, montre une véritable volonté de procéder à une relecture du droit commun à la lumière de la nouvelle réalité économique des contrats déséquilibrés.

180. **L'usage opportuniste d'un droit commun aux notions malléables.** Le droit commun présente l'énorme avantage de la souplesse. Pour cette raison, la Cour de cassation va fonder ses décisions sur des notions « vastes » aux contours mal ou peu définis, tel que la cause, l'objet, ou encore la bonne foi et ses extensions dont fait partie le principe de cohérence. L'usage de ces notions va lui permettre de venir gommer les déséquilibres qui peuvent exister entre les obligations des parties, en raison de l'inégalité des rapports de force[249]. Cependant, pour arriver à ses fins, le juge fait parfois une interprétation bien éloignée de la lettre du texte. Il est donc possible d'y voir une véritable déformation du droit commun[250].

181. **La recherche du bon équilibre entre autonomie de la volonté et protection de la**

[248] BEAUCHARD (J.), « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit*, *mélange Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008 p. 37 « *on peut dire que le secteur de la distribution a pour une bonne part contribué à l'évolution du droit commun des contrats. Ce secteur économique, lui-même très créatif, en évolution constante et rapide, a posé bien des questions nouvelles* »

[249] REVET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », in La réforme du droit des contrats du projet à l'ordonnance, Dalloz, éd n°1, 2016, p.68 et s.

[250] LEDUC (F.), « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux ». in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle : Bilan prospectif*, Colloque Chambéry Resp. Juris-Classeur, RCA, 2001, p.54 « *L'incomplétude du droit législatif spécial peut être à l'origine de quelque déformation prétorienne du droit commun. En l'absence de réponse législateur à un besoin social de réparation, la jurisprudence prend parfois les devants, en faisant évoluer le droit commun, jusqu'à le déformer* ».

partie faible. La jurisprudence a dû faire preuve d'une certaine habileté. L'objectif était de ne pas trahir la prévisibilité et la sécurité juridique qui animent classiquement le droit des contrats. Ce d'autant plus que le Code civil porte toujours en lui une certaine défiance à l'égard des juges qui sont censés être au service du contrat et de la volonté des parties[251]. Les juges doivent normalement être « la bouche de la loi » selon l'expression de Montesquieu, mais ces déformations du droit commun des contrats semblent démontrer que c'est désormais « *la loi qui devient la bouche du juge, lorsqu'il lui fait dire ce qu'il veut* »[252].

182. **Les limites de la déformation du droit commun.** Cette déformation des règles de droit commun des contrats porte cependant en elle deux défauts importants :
Le premier, c'est que le remodelage des figures anciennes du Code civil dû à une interprétation extensive des textes, risque de rendre peu à peu la norme méconnaissable pour le justiciable.
Le second, c'est une absence de cohérence des décisions puisque la Cour de cassation paraît hésiter en permanence entre le respect des textes et leur déformation pour rectifier les déséquilibres[253].

183. **Les conséquences de la déformation du droit commun.** Il faut ajouter à cela le problème des effets de bords ou dégâts collatéraux c'est-à-dire l'application à des contrats non déséquilibrés de solutions non pensées pour eux. En voulant protéger les contrats de distribution par le droit commun des contrats les juges prennent le risque que les solutions dégagées irradient d'autres type de contrat.
La liberté prise par les juges, doit sans doute être perçue comme un signal par le législateur. Cependant, pour le moment l'heure n'est pas encore venue pour une réforme du droit commun des contrats[254], le législateur va d'abord intervenir par le biais du droit spécial.

---

[251] AYNES (L.), « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations*, Revue des contrats, 2016, p.14
[252] REMY (Ph.), « Regards sur le Code », in *Le code civil 1804-2004*, *Livre du bicentenaire*, LexisNexis, 2004, p.113
[253] LARDEUX (G.), « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », in l'équilibre du contrat, sous la direction de LARDEUX (G.), PUAM, 2012, p.61 « *L'équilibre contractuel, exigence nouvelle ou éternelle indifférence ? Ce bilan est en demi-teinte car la jurisprudence n'est pas marquée, sur cette question, des sceaux de la clarté et de la cohérence ? Ainsi favorable au contrôle judicaire de l'équilibre du contrat en certaines occurrences (fixation unilatérale du prix, clauses de responsabilité), elle le rejette catégoriquement en d'autres domaines (lésion, imprévision,) étant précisé que des perspectives d'évolution se font jour que ce soit dans le sens du contrôle judicaire (imprévision,), ou à l'inverse, en sa défaveur (fixation unilatérale du prix). La Cour de cassation semble alors osciller entre le respect des textes fondateurs et inchangés de la théorie générale et les délices de l'équité et de la fraternité qui permettraient à la justice contractuelle de devenir judiciaire* ».
[254], p.416 « *Les libertés que prend la jurisprudence avec les textes communs s'expliquent en effet, en partie, par l'essoufflement de ces derniers. Confronté à des hypothèses non prévues par le législateur, le juge s'est enhardi à créer des règles de droit en marge des dispositions légales* ».

TITRE II : LES ENRICHISSEMENTS DU DROIT SPECIAL EN REACTION AUX LACUNES DU DROIT COMMUN

184. **Les contrats de distribution : des contrats à la croisée des droits.** Les contrats de distribution sont des contrats innomés majoritairement régis par le droit commun des contrats. Cependant, ils sont également au confluent de plusieurs droits spéciaux, tels que le droit de la concurrence, le droit commercial ou encore le droit de la consommation.

185. **La réaction du législateur.** Face à l'inertie du législateur, le droit commun a été contraint de se déformer puisqu'il ne pouvait pas se réformer. En parallèle le législateur va agir par le biais du droit spécial pour continuer d'encadrer et de protéger les contrats de distribution. Les vertus réformistes du droit spécial sont connues, et permettent une évolution progressive du droit par des touches législatives ponctuelles[255].
Le droit commun pour sa part, doit conserver la généralité de son application à tous les contrats. Ainsi, normalement, il ne devrait pas être autorisé aux juges de traiter de manière différenciée une situation juridique par rapport à une autre. Dans une nouvelle phase, le législateur va armer le droit spécial d'un dispositif conséquent pour venir réglementer les contrats de distribution.

186. **Des rapports d'influences réciproques entre droit commun et droit spécial.** Cet entrelacement entre droit spécial et droit commun fait forcément surgir la question des rapports qu'entretiennent ces deux droits. Avant même de parler de leur articulation, ce qui occupera le cœur de notre étude dans sa seconde partie, il faut parler des rapports d'influence qu'ils entretiennent. En effet, la prolifération et la spécialisation des droit spéciaux aurait selon certains auteurs, une tendance à affaiblir le droit commun[256]. Au contraire d'autres soutiennent

[255] GASSIN (R.), Lois spéciales et droit commun, Dalloz, 1961, Chronique, p.93 « *les lois spéciales apparaissent ainsi comme des dérogations au droit commun, elles constituent l'instrument particulièrement adapté du réformisme juridique. Une révolution en effet, renverse l'ordre juridique ancien pour en construire un nouveau fondé sur des principes tout différents. Le réformisme au contraire se propose de modifier progressivement l'ordre ancien par des réformes multiples et limitées* ».
[256] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.282 « *Le droit commun ne ressort pas indemne de ce rapprochement avec le droit spécial. L'interaction des deux droits, leur influence respective, s'effectuent souvent au détriment du premier et*

que le droit spécial permettrait de renouveler le droit commun en lui servant d'« *aiguillon* »[257]. L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, semble accréditer cette vision d'aiguillon, tant il est évident que le nouveau droit commun des contrats a repris de nombreuses règles du droit spécial.

187. **Le droit spécial serait seulement un « laboratoire » du droit commun[258].** Le droit spécial permet de tester l'utilité et le bien-fondé de la règle avant de l'intégrer au droit commun. Cependant, le droit spécial, présente par la trop grande précision de ces textes des défauts[259] : il ne s'applique qu'à un groupe précis de personnes et présente le risque, d'une part, de surprotéger le groupe visé et, d'autre part de laisser totalement de côté les catégories de personnes absentes du texte.

188. **La nécessaire réforme du droit commun des contrats.** Il était donc utile que le droit commun des contrats se réforme pour de multiples raisons : rendre le droit des contrats plus accessible et plus lisible, se doter de textes plus en phases avec les nouvelles figures juridiques de son époque, redévelopper l'attractivité du droit français pour les acteurs économiques, et surtout, éviter les situations de déséquilibre comme celles que peuvent connaître les contrats de distribution[260].

---

au bénéfice du second. […]. Le droit commun instrumentalisé par un droit spécial consacré à la défense d'intérêts spécifiques, finit par en épouser les finalités catégorielles ». ; CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004, p.758

[257] MAZEAUD (D.), « L'attraction du droit de la consommation », in colloque *Droit du marché et droit commun des obligations*, Université de Perpginan, 1997, RTD.com, 1998

[258] SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse, Bordeaux I, 1986, p.482 selon l'auteur les droit spéciaux sont un « terrain d'expérimentation », un « banc d'essai », pour les normes générales. Elles permettent d'éprouver une nouvelle technique avant d'en faire une utilisation plus élargie. ; LE TOURNEAU (Ph.), « *Quelques aspects de l'évolution des contrats », in mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, p.351 « A notre époque, ce droit spécial nourrit plus que jamais le droit général des contrats (la théorie générale). Il enrichit (plus qu'il ne détruit) la théorie générale par de nombreux apports originaux, qui l'infléchissent ou le modifient de façon, selon les cas, insensible, insidieuse ou éclatante* ».

[259] POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon,* Dalloz, 2003, p.928 « *Le droit spécial est l'instrument privilégié de la réforme mais souvent de la réforme maladroite, parce qu'ignorante du contexte juridique et des principes, ou encore de la loi de circonstance, adoptée dans la hâte et l'impréparation. Il en résulte que la loi spéciale est moins durable, plus éphémère que la loi générale, que le législateur hésite davantage à modifier ».*

[260] LEQUETTE(Y.), TERRE(F.), SIMLER(Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* Dalloz, 12e éd, Précis, 2018, p.75 et s.

Chapitre 1 : Les bénéfices de l'enrichissement du droit spécial

189. **Un enrichissement à tous les stades de la relation contractuelle.** Face à l'inadaptabilité du droit commun pour réglementer les contrats de distribution un mouvement législatif va se développer en ayant pour objectif d'essayer de trouver un équilibre dans les relations entre fournisseurs et distributeurs[261]. Ainsi un nombre important de lois vont se succéder afin d'essayer de s'adapter aux réalités de ce marché mouvant[262]. Ainsi, le législateur va intervenir à tous les stades du contrat, de sa négociation, (section 1), à son exécution jusqu'à son dénouement (section 2).

Section 1 : Les bénéfices de l'enrichissement au stade de l'établissement des relations

190. **La formation du contrat encadrée par le droit spécial.** Cet enrichissement du droit spécial dans sa mission de réglementation des contrats de distribution est présent durant toute la phase de formation du contrat. Il s'étend de la négociation (paragraphe 1) jusqu'au contrôle de sa validité (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les enrichissement concernant la négociation du contrat

191. **Un renforcement de l'équilibre dans la formation du contrat.** Au stade de la négociation du contrat, le droit spécial va venir compléter l'obligation d'information de droit commun en mettant en place une information renforcée spécifique aux contrats de distribution par la loi dite « Doubin » (I.). Lors de la conclusion du contrat il va également développer une réglementation spécifique à l'absence de contrepartie sans doute inspirée de celle déjà existante en droit commun et développée autour de la notion de cause du contrat (II.).

[261] BROS (S.) « De l'influence des pratiques restrictives de concurrence sur le droit des contrats » colloque *Vers un nouveau droit de la concurrence* ?, Concurrences, n°1-2016

[262] CANIVET (G.) « L'histoire sans fin des loi éphémères ou de la régulation des relations entre la production et de la grande distribution », in *Mélanges en l'honneur du professeur SERRA (Y.),* Dalloz, 2006, p.69 et s. L'auteur y traite de cette succession de loi qui essayent de s'adapter entre les différentes aspirations de protection des consommateurs, des petits commerçants, des grands distributeurs et des fournisseurs, dans un laps de temps très court.

I. L'obligation d'information renforcée par la loi Doubin

192. **Une obligation d'information précontractuelle légale.** La loi Doubin va venir enrichir le droit commun puisqu'elle va permettre une protection plus poussée que par le biais d'une obligation d'information renforcée (A). Les contours de cette obligation sont en revanche mal définis (B).

A) La loi Doubin en complément de l'information de droit commun

193. **Un texte au confluent du droit spécial et du droit commun.** La loi Doubin est un texte de droit spécial qui a pour objectif de venir corriger l'asymétrie d'information qui existe entre les parties dans les contrats de distribution (1). En revanche, le texte renvoie au droit commun et à la théorie des vices du consentement pour sanctionner la partie qui méconnaîtrait l'obligation d'information qui lui est imposée (2).

1) Une volonté de garantir un engagement éclairé

194. **Une volonté de renforcer l'information de la partie faible.** La loi du 31 décembre 1989, dite loi Doubin codifiée à l'article L330-3 du Code de commerce[263] s'inscrit en réaction aux lacunes du droit commun en matière de droit de la distribution[264]. La loi dispose de manière très large en visant toutes les formes de commerces organisées sous contrat dans lesquelles un nom commercial, une enseigne ou une marque est confiée en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. En réalité par cette loi, le législateur vise les réseaux de distribution commerciale et plus particulièrement les contrats de franchise et de concession. L'objectif est de limiter les cas dans lesquels les réseaux de distribution essayaient de profiter de leur connaissance pour abuser de l'inexpérience commerciale de leur futur distributeur. En effet, en raison de son statut de professionnel le futur contractant ne bénéficie le plus souvent que d'une information limitée[265]. Afin d'éclairer le consentement, la loi insiste dans son alinéa 1 sur la nécessaire sincérité de l'information.

[263] L. n°89-1008, 31 déc. 1989, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.
[264] A cette époque, il n'existe pas de texte de droit commun. Une obligation précontractuelle d'information va donc être imposée peu à peu par la jurisprudence. En parallèle, les obligations spéciales d'information vont se multiplier dans des secteurs d'activité spécifiques. V. infra n°303
[265] TIQUANT (O.), « Rétablir l'autorité de la loi… Doubin », Recueil Dalloz, 2002, p.2597

195. **Une liste d'informations obligatoires.** Pour parvenir à corriger l'asymétrie d'information existant entre les parties, la loi va imposer la remise d'un document d'information précontractuelle (DIP) au futur contractant, au moins vingt jours avant la conclusion du contrat[266]. Le détail de la liste des informations à fournir est précisé par le décret d'application de la loi au sein de l'article R 330-1 du Code de commerce. Parmi les informations requises on y retrouve notamment : celles relatives à la présentation du franchiseur, la présentation du marché et de ses perspectives de développement ou bien encore la présentation du réseau.

196. **La garantie de la transmission au moins partielle d'informations.** Il convient de ne pas minimiser l'importance de la transmission de ce document. Il permet de renforcer le socle sur lequel va débuter le contrat en aidant notamment le franchisé à entrevoir ce qu'il peut espérer du savoir-faire qui va lui être transmis et de l'état du réseau qu'il va rejoindre. Pour reprendre les paroles de M. le Professeur Nicolas Dissaux "*avec un bon DIP, rien n'est sauvé; mais sans DIP ou avec un mauvais DIP tout est perdu*"[267].
L'intervention de la loi est venue pallier les faiblesses du seul droit commun comme garantie d'une information précontractuelle éclairée. Cependant, la loi ne s'est pas pour autant affranchie du droit commun, puisqu'elle renvoie lui pour sanctionner le non-respect des mesures qu'elle a imposées.

2) Le droit commun garant du respect de la loi

197. **L'absence d'une sanction issue d'un texte droit spécial.** La loi Doubin est venue imposer une information précontractuelle plus protectrice entre professionnels. Il est étonnant de constater que seule une sanction pénale a été prévue à l'article R330-2 du Code de commerce[268] en l'absence d'une remise totale du DIP. Aucune sanction civile spécifique ne se retrouve au sein de la loi qui renvoie dès lors aux sanctions prévues par le droit commun des obligations.

198. **La sanction fondée sur les vices du consentement**. Le droit spécial n'intervient donc

[266] BLANC (G.), « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », Recueil Dalloz, 1993, p.218
[267] DISSAUX (N.), « L'entrée dans la franchise, le document d'information précontractuel, introduction », Colloque *La franchise question sensible*, Revue Lamy droit des affaires, 2012, n°73
[268] Art. R330-2, C.com. Décret 2007-03-25 promulgué le 27 mars 2007

que par petites touches puisque c'est bien la théorie des vices du consentement qui va venir suppléer la loi Doubin en prévoyant les sanctions civiles. En effet, la jurisprudence est constante depuis un arrêt du 10 février 1998, et le défaut d'information précontractuelle ne pourra entraîner la nullité du contrat de franchise que s'il constitue un vice du consentement[269].

199. **L'absence de faute présumée.** Des auteurs tels que le Professeur Daniel Mainguy ou M. Jean-Louis Respaud regrettent qu'en cas de carence du document d'information pré-contractuelle, le vice ne soit pas présumé. Ils estiment qu'il n'était pas utile d'user d'une loi spéciale si celle-ci est incapable de garantir seule l'efficacité de sa sanction. Cela oblige de plus la partie faible à devoir apporter la difficile preuve de l'insuffisance de l'information transmise[270].

200. **Une nullité du contrat plus difficile à prouver.** L'absence de cette présomption permet d'éviter que la loi Doubin ne devienne un prétexte pour se délier trop facilement se délivrer de son engagement. En renvoyant au droit commun, la loi accorde sa confiance aux juges qui devront rechercher dans quelle mesure le défaut d'information pré-contractuelle a eu pour effet d'empêcher le futur partenaire de s'engager en connaissance de cause.

201. **La fonction complémentaire du droit spécial dans l'obligation d'information.** Il est clair que le droit spécial, par l'intermédiaire de la loi Doubin ne vient pas essayer de supplanter mais au contraire de compléter le droit commun dans sa mission de protection de la partie faible. En effet, si loi Doubin a eu pour volonté de venir moraliser les relations déséquilibrées au stade précontractuel dans certains contrat de distribution, elle laisse au droit commun le soin d'assurer son effectivité. Cependant, la remise du document d'information précontractuelle soulève de nombreuses interrogations en raison des limites floues de cette nouvelle obligation d'information.

[269] Cass.Com. 10 février 1998, n°95-21.906

[270] MAINGUY (D.), RESPAUD(J-.L.), « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », Jurisclasseur, Contrats Concurrence Consommation, n°3, mars 2003, chron. 4. Pour justifier cette prise de position d'une présomption possible du dol, les auteurs s'appuient sur deux arrêts de cassation : un arrêt du 25 février 1997 concernant l'obligation d'information à la charge des professionnels de la santé et un arrêt du 15 mai 2002 qui avait pour objet l'obligation de renseignement d'un professionnel envers un consommateur. Dans ces deux arrêts la cour de cassation juge que la preuve pèse sur celui à qui il revient de fournir l'information et ces auteurs proposent alors qu'il en soit de même en matière de franchise.

B) Une exigence d'information aux contours flous

202. **Quelles informations ?** La liste des informations que doit fournir le franchiseur est clairement répertoriée au sein de l'article R 330-1 et il suffirait a priori au franchiseur de s'y conformer pour être certain de ne pas engager sa responsabilité et de voir son contrat validé. Cette vision provoque un effet pervers sur l'obligation d'information précontractuelle tendant à la limiter à cette seule liste. Pour autant, il arrive que le franchiseur sorte du cadre qui lui est imposé et cherche à fournir d'autres informations au franchisé telles que la transmission de comptes prévisionnels. Nous allons voir que si les juges ont dans un premier temps limité les sanctions entourant ces prévisionnels (1), leur position a peu à peu évolué en allant jusqu'à découvrir un nouveau type de sanction, celui de l'erreur sur la rentabilité (2).

1) La sanction traditionnelle en matière de prévisionnels

203. **Une fourniture non-obligatoire de comptes prévisionnels…** Les franchiseurs ne sont pas légalement tenus de transmettre aux franchisés des comptes prévisionnels. Pourtant dans la pratique nombre d'entre eux avaient une tendance à dépasser les exigences de l'obligation légale pour faire miroiter des comptes prévisionnels mirobolants afin d'attirer les capitaux des futurs franchisés. De nombreux litiges sont alors survenus, les franchisés se plaignant de la différence entre les chiffres prévisionnels établis et les chiffres d'affaires effectivement réalisés et cherchant à engager la responsabilité de leur franchiseur sur le terrain du dol.

204. **… mais l'obligation de transmettre des chiffres sérieux.** La difficulté de la preuve réside dans la fourniture de chiffres prévisionnels qui ne fait peser sur le franchiseur qu'une obligation de moyen. Pour cette raison, les franchisés ne peuvent solliciter la nullité du contrat qu'en apportant la preuve que le franchiseur avait connaissance du caractère trompeur ou irréaliste des chiffres fournis [271].
Les tribunaux font donc du cas par cas en appréciant non pas tant l'écart entre les chiffres que le sérieux avec lequel le franchisé a effectué les prévisions.
Un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 4 décembre 2003[272] vient parfaitement illustrer nos propos : « *Si les textes susvisés [la loi Doubin et son décret d'application] n'imposent pas*

[271] MAINGUY (D.), RESPAUD(J-.L.), « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », Jurisclasseur, Contrats Concurrence Consommation, n°3, mars 2003, chron. 4. n°5
[272] CA Paris, 23 novembre 2006 : Jurisdata n°2006-339929

au franchiseur d'établir et de remettre au candidat à la franchise un compte d'exploitation prévisionnel ou, plus généralement, une prévision chiffrée des résultats susceptibles d'être atteints par l'exploitation de la franchise, ils l'obligent, dans le cas où il communique une telle prévision au futur franchisé, à établir celle-ci de manière sincère »[273].

A la lecture de cette décision on voit bien que pour imposer la transmission de chiffres sincères, la Cour rattache cette obligation de sincérité à la loi Doubin. La jurisprudence va donc sanctionner les prévisionnels fantaisistes. Pour autant, quand bien même les résultats concrètement obtenus seraient très éloignés des prévisionnels promis[274], le franchiseur pourra se dégager de sa responsabilité en prouvant qu'il a établi ses prévisions par une étude sérieuse.

205. **Un comportement rarement sanctionné.** Les contrats fondés sur des comptes prévisionnels trop optimistes ne sont donc que rarement sanctionnés. Les franchisés étant des professionnels avertis on considère qu'il leur revient de contrôler les chiffres et leur faisabilité. Cette situation pouvait ainsi paraître injuste puisque les tribunaux paraissent davantage pardonner au franchiseur fournissant des informations erronées qu'au franchisé trompé.

On va alors constater une fois encore la richesse du droit commun qui sur le fondement de l'erreur « dépoussiérée » par la jurisprudence va dans un arrêt du 4 octobre 2011 tirer une nouvelle sanction spécifique au contrat de franchise.

2) La sanction nouvelle de l'erreur sur la rentabilité

206. **Un nouveau type d'erreur propre au contrat de franchise.** Les juges, dans un arrêt du 4 octobre 2011[275] vont découvrir un nouveau type d'erreur propre au contrat de franchise sur la base de la transmission de comptes prévisionnels.

Dans cet arrêt, à la suite de la conclusion d'un contrat de franchise le franchisé se retrouve rapidement en situation de liquidation judiciaire, ses résultats étant très en dessous des prévisions que lui avait fournies le franchiseur. Le franchisé s'appuie alors sur le défaut d'information pré-contractuelle sincère pour réclamer l'annulation du contrat.

La Cour d'appel de Paris[276] faisant application de la jurisprudence traditionnelle que nous avons évoqué précédemment, rappelle dans sa décision que la non-atteinte des résultats prévisionnels

[273] DISSAUX (N.), LOIR (R.), *La protection du franchisé au début du XXIe siècle*, L'Harmattan éd, 2009, p. 102

[274] Cass. com., 4 déc. 1990 ; JCP G 1991, II, 21725 note VIRASSAMY (G.) estimant qu'une erreur de 30% entre le prévisionnel et le résultat ne constituait pas une violation de l'obligation d'information.

[275] Cass.Com., 4 octobre 2011 n°10-20956

[276] CA Paris, 4e ch., 19 mai 2010 n°2010-011820

ne justifiait pas en soi l'annulation du contrat. Elle motive sa position en rappelant que le seul fait qu'un écart soit effectivement apparu entre les prévisions du franchiseur et les résultats d'exploitation du franchisé ne saurait démontrer, à lui seul, l'insincérité ou le manque de crédibilité des données fournies par le franchiseur, lequel n'avait pas à garantir la réalisation de quelconques prévisions comptables.

L'élément intentionnel qu'exige l'annulation d'un contrat sur le fondement du dol faisait donc défaut. Pourtant la Cour de cassation décide de casser l'arrêt d'appel au motif que la cour n'a pas recherché « *si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise* ».

207. **Portée.** Tout d'abord, à la suite de cet arrêt, une question a animé la doctrine : y a-t-il une analogie possible entre erreur substantielle sur la rentabilité et erreur sur la valeur ? Nombreux sont ceux qui ont cru alors à un bouleversement possible du droit commun des obligations puisque l'erreur sur la valeur est en principe indifférente.

Plusieurs auteurs ont alors débattu sur la question, on pensera notamment au Professeur N. Dissaux[277] séduit par cette idée de possible confusion entre erreur sur la rentabilité et erreur sur la substance ou encore à Ghestin ou bien au Professeur T. Genicon[278] qui soutenaient au contraire l'importance de bien distinguer les deux notions.

Finalement, la vérité se situerait sans doute entre les deux affirmations et dépendrait de la nature de l'information transmise :

Soit il s'agit d'une erreur sur la substance puisque le prévisionnel fourni est irréaliste ou les informations transmises sont fausses, ce qui empêche de réaliser l'objet du contrat (la réitération de la réussite commerciale).

Soit il s'agit d'une erreur sur la valeur, pour un prévisionnel dont les informations sont exactes mais qui est en réalité irréaliste, quand bien même l'opération reste tout de même rentable[279].

208. **Apport.** Le principal apport de l'arrêt est qu'il marque surtout la prise d'indépendance de l'erreur vis-à-vis du dol. Le fondement de l'erreur est d'ailleurs rarement utilisé car c'est au

[277] DISSAUX (N.), « L'entrée dans la franchise, le document d'information précontractuel, introduction », Colloque *La franchise question sensible*, Revue Lamy droit des affaires, 2012, n°73

[278] GHESTIN (J.), « L'erreur substantielle du franchisé sur la rentabilité de l'activité à entreprendre », La semaine juridique, éd générale n°6, 6 février 2012, 135. GENICON (T.), « L'erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle ? », Revue des contrats, 1 janvier 2012 n°1, p.64

[279] FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 10e éd, LexisNexis, 2023, Lexisnexis, n°743 p. 450

demandeur de prouver l'erreur alors que le dol fait présumer l'erreur qui en découle. La Cour dans sa décision précise bien que l'existence d'un manquement du franchiseur à son obligation d'information est indifférente. Il semble alors que la seule non atteinte des prévisions du franchiseur caractérise une erreur du franchisé justifiant l'annulation de ses engagements. Certes, il restera encore au franchisé à démontrer que la rentabilité attendue a été déterminante de son engagement, constituant à ses yeux une qualité substantielle de la relation de franchise. Cependant, cette preuve parait ne pas poser de difficultés car c'est bien la rentabilité de ses investissements que le franchisé a principalement en vue lorsqu'il contracte.
La jurisprudence, par l'utilisation de l'erreur, un des piliers des vices du consentement et du droit commun, semble donc réussir avec souplesse à rapporter plus de justice contractuelle en facilitant la sanction des franchiseurs qui fourniraient des chiffres prévisionnels inexacts. Beaucoup croyaient que cet arrêt non publié ne serait qu'un arrêt d'espèce pourtant cette solution a été depuis réitérée[280].

209. **Propos conclusif.** La loi Doubin complétée par la jurisprudence vient donc enrichir le droit spécial. En effet, bien que cette jurisprudence utilise un mécanisme de droit commun, elle vient créer un nouveau type d'erreur spécifique au contrat de franchise. Il est important de noter que l'erreur sur la rentabilité ne sera jamais employée en dehors de ce type de contrat. Il est ainsi possible de voir dans cette prise de position des juges une extension de la protection accordée par la loi Doubin et donc un nouvel enrichissement du droit spécial.
Le droit spécial va également venir réglementer les conditions générales de vente. Cette pratique consiste à émettre un document sous la forme d'un ensemble de clauses contractuelles standardisées à destination de l'acheteur, qui détaille les conditions de la vente ou de la prestation vendue.

II.Les conditions générales de vente point de départ des négociations

210. **La mise en place en droit spécial d'une distinction entre conditions générales de vents et d'achat**. L'ancien droit commun des contrats ne faisait aucune distinction entre les conditions générales de ventes et d'achat des parties. Dans les contrats de distribution, la partie forte avait tendance à profiter de cet espace de liberté pour imposer systématiquement ses conditions générales d'achat à son cocontractant (A). En réaction, la loi va venir imposer les

[280] Cass.com, 12 juin 2012, n°11-19047 ; Cass.com, 10 juin 2020, n°18-21536 ; Cass.com, 24 juin 2020, n°18-15249

conditions générales de vente, comme socle unique des négociations (B).

A) Une utilisation déséquilibrante des conditions générales par la partie forte

211. **Une phase de négociation placée souvent entre les mains de la partie forte.** La phase de la négociation commerciale est un moment charnière dans l'établissement des relations entre le fournisseur et le distributeur. Le droit commun des contrats est gouverné par le principe de liberté contractuelle selon lequel il n'existe aucune prévalence entre le contrat de vente ou d'achat des parties.
Pour cette raison, la négociation commerciale entre distributeur et fournisseur avait tendance à devenir un lieu de confrontation des rapports de force dans lequel la partie forte imposait ses conditions générales sans réelle négociation[281].

212. **Une phase de négociation particulièrement déséquilibrée au sein des contrats de distribution.** Historiquement, au cours de la période des trente glorieuses s'est développé un vrai déséquilibre dans les rapports de force entre fournisseurs et distributeurs. En effet au cours de cette période les grands distributeurs de type hypermarché ont multiplié les points de vente et ont dû créer de grandes centrales d'achat pour assurer leurs approvisionnements.
Pour reprendre l'expression du professeur Mousseron, le droit de la distribution est ainsi passé de relations entre des producteurs et des distributeurs « traditionnels » à des distributeurs « modernes » bien plus puissants[282]. En effet, la part du chiffre d'affaires que réalise un producteur avec son client peut parfois représenter plus de 20% de son chiffre total. Dans ces conditions, il devenait difficile pour le petit producteur de réellement négocier avec le distributeur qui pouvait facilement imposer ses conditions en recherchant toujours à obtenir le meilleur prix[283].

213. **Les limites du pouvoir protecteur du droit commun.** Face à l'inertie du droit commun incapable de protéger ces petits producteurs dans un contexte économique en pleine mutation, le droit spécial est intervenu. Il a ainsi progressivement renforcé les conditions générales de vente face aux conditions générales d'achat pour en faire un point de départ incontournable des

[281] CLAUDEL (E.), « Les relations fournisseurs-distributeur à nouveau sur la sellette : les marges arrières sont invitées à passer devant ! » RTV com. 2003, p.707
[282] MOUSSERON (J-.M.), *Producteur et distributeur : quelle concurrence ?,* Litec, Paris, 1986, p.45 et s.
[283] GRALL (J-.C.), MEFFRE (J-.M.), GUET (C.), « Loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des PME », Recueil Dalloz, 2005, p.2149

négociations.

B) L'utilité d'un renforcement des conditions générales de vente face aux conditions générales d'achat

214. **Les conditions générales de vente : point de départ incontournable des négociations commerciales.** Une série de lois spéciales sont venues essayer d'équilibrer les négociations entre fournisseurs et distributeurs. Dans un premier temps qualifié de « socle de la négociation commerciale », par la loi du 2 août 2005[284], les conditions générales de vente ont finalement été qualifiée de « socle unique » au sein de l'ancien article L 441-6, alinéa 7 du Code de commerce[285] par suite de la loi du 18 juin 2014[286]. En faisant des conditions générales de vente le socle unique des négociations, le législateur a clairement souhaité en faire le point de départ des négociations commerciales. Il devient alors impossible pour le distributeur de rejeter en bloc les conditions générales de vente de son fournisseur pour lui imposer ses conditions générales d'achat[287].

215. **Les conditions générales de vente : seulement un point de départ.** Dans un premier temps cette formulation de socle unique a pu être interprétée par certains auteurs comme accordant une primauté des conditions générales de vente sur les conditions d'achat[288]. Cependant, il est désormais acquis qu'il est davantage question d'un « point de départ ». En effet, les conditions générales de vente ne constituent finalement qu'une base de discussion qui pourra ensuite être renégociée entre l'acheteur et le vendeur. L'objectif était simplement d'essayer de protéger un minimum le fournisseur qui ne pourra voir ses conditions rejetées et remplacées purement et simplement par le distributeur[289].

216. **Une position confirmée par la CEPEC.** Dans le même sens, la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), est venue confirmée tout d'abord que la convention unique

[284] Loi n°2005-882, du 2 août 2005, promulguée le 3 août 2005
[285] Devenu l'article L 441-1,III, du Code de commerce, depuis la loi n°2019-359 promulguée le 24 avril 2019 dans lequel la formule de « socle unique » est maintenue au sein d'un article « simplifié ».
[286] Loi n°2013-344, du 17 mars 2014, promulguée le 18 mars 2014
[287] CEPC, Avis 23-1.
[288] ARONICA (Ch.), OSTOJSKI (L.), « Les conditions générales de vente, un incontournable de la relation commerciale ». AJCA, 2014, p.165 ; GRALL (J-.C.), MEFFRE (J-.M.), GUET (C.), « Loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des PME », Recueil Dalloz, 2005, p.214
[289] FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 10e éd, LexisNexis, 2023, Lexisnexis, n°6, p.6

établie « à l'issue de la négociation commerciale » ne peut être un contrat-type pré-rédigé par une partie si elle n'est pas modifiable et que le refus de négocier peut-être l'expression fautive d'une partie [290]. Ainsi, il ressort bien de ces avis que les CGV sont bien la base des négociations, mais qu'elles ne doivent pas être considérés comme un socle figé puisqu'elles doivent faire l'objet de négociations[291].

217. **La volonté d'assurer une protection a minima.** Le droit spécial a permis dans la phase de négociation du contrat par le biais de la primauté des conditions générales de ventes et de l'obligation d'information précontractuelle d'assurer une protection accrue de la partie faible afin d'éviter les déséquilibres contractuels. Ces enrichissements, le législateur va les poursuivre au stade de la validité du contrat.

Paragraphe 2 : Les enrichissements concernant la validité du contrat

218. **Un renforcement de l'équilibre dans la formation du contrat.** Parmi les pratiques restrictives de concurrence, deux mécanismes ont été mis en place pour garantir la validité du contrat, le déséquilibre significatif qui vise à assurer l'équilibre du contrat d'un part (I.) et l'absence de contrepartie pour veiller à un contrôle du prix d'autre part (II.)

I. L'interventionnisme du droit de la concurrence dans l'équilibre du contrat

219. **Un nouvel instrument contrôle : le déséquilibre significatif.** Le droit commun accorde une grande liberté aux parties par le biais de l'autonomie de la volonté. A l'inverse le droit de la concurrence va créer, pour régir l'équilibre des rapports au sein du droit de la distribution, un nouveau standard juridique autorisant une forte immixtion du juge dans le contrat : le déséquilibre significatif (A), qui va peu à peu évoluer (B).

A) Les origines du standard du déséquilibre significatif

220. **Un standard inspiré de l'ancien abus de dépendance économique.** L'ordonnance du

[290] CECP, avis 10-04, 18 févr. 2010

[291] AUGAGNEUR (L-.M.), « Interdiction, droit et devoir de négocier : retour sur la confrontation entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat ». La semaine Juridique Entreprises et Affaires, n°27-28, 8 juillet 2010, p.1654

1er décembre 1986 va introduire l'abus de dépendance économique[292] afin de rééquilibrer les relations entre fournisseurs et distributeurs[293]. En effet, si l'un des acteurs abuse de la dépendance économique de l'autre partie, celui-ci s'expose à des sanctions. L'emploi de cet instrument aux mains des parties en état de dépendance, n'aura malheureusement que peu de succès en pratique. Cela s'explique d'abord, par le fait que la partie dépendante était peu favorable à trainer son « partenaire » économique devant les tribunaux par crainte de détruire à tout jamais leurs relations d'affaires. Ensuite, parce que l'abus doit porter une atteinte sur le marché de la concurrence, ce qui exclue naturellement les acteurs ayant un poids économique trop faible sur le marché[294]. La Cour de cassation va dans une décision du 3 mars 2004 donner une définition de l'état de dépendance économique en l'absence de définition légale, comme étant « *la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de se substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs, répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables* »[295]. Ainsi, la partie qui se prétend dans un état de dépendance doit prouver qu'elle ne dispose pas de solution alternative équivalente.

221. **Des conditions de mise en œuvre particulièrement difficiles.** Pour pouvoir utiliser ce recours, les juges contrôlent que soient réunies ainsi pas moins de quatre conditions cumulatives :

- L'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur avec le distributeur
- Les facteurs ayant conduit le fournisseur à concentrer ses auprès du distributeur
- L'importance du distributeur dans la commercialisation du produit
- L'absence de solution équivalente pour le fournisseur

222. **Une notion exportée au sein des pratiques restrictives de concurrence.** Face à l'inefficacité de sa mesure, le législateur a dupliqué la pratique d'abus de dépendance économique pour en faire une pratique restrictive de concurrence, en l'inscrivant au sein de l'article L 442-6,I ,2°,b du Code de commerce lors de l'adoption de la loi n°2001-420 du 15

[292] Art. L420-2, C.com. Loi 2015-990 promulguée le 6 août 2015
[293] Cette réforme a émergé à la suite d'un avis de la Commission de la concurrence sur les déséquilibres provoquées par les grandes centrales d'achat. *Rapport de la commission de la concurrence,* 1985, p.12 et s.
[294] RETTERER (S.), « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », Dalloz, 2003, p.1210 ;
[295] Cass.com, 3 mars 2004, n°02.14529

mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (NRE). En muant l'abus de dépendance en une pratique restrictive de concurrence, le législateur supprime l'exigence de l'atteinte à la structure de la concurrence.

`

223. **Le nouvel échec de l'abus de l'état de dépendance.** Pourtant là encore, la nouvelle mesure ne va pas rencontrer auprès des acteurs économiques visés, le succès escompté. Cet article exigeait de remplir deux conditions : celle de l'existence d'un état de dépendance et celle d'un abus. Or, la preuve est difficile à apporter pour les deux.

Pour finir d'enterrer cette nouvelle notion, les juges ont importé en droit des pratiques restrictives la même interprétation qui avait valu l'ineffectivité de cet abus en droit des pratiques anticoncurrentielles, notamment en maintenant la condition tenant à l'absence de solution alternative[296].

Face à l'ineffectivité de la notion, le législateur décida dans sa loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, n°2008-776 d'abroger cette disposition.

224. **Un renouveau de la notion.** Face à ces échecs successif le législateur a décidé pourtant de persévérer en élargissant la portée de cette notion d'abus. Cette évolution va donner naissance à une « nouvelle » notion : celle du déséquilibre significatif.

B) L'évolution du standard du déséquilibre significatif

225. **Un instrument puissant confié aux juges.** La notion de déséquilibre significatif est un nouveau standard du droit inspiré du droit de la consommation dont les contours restent vagues. Bien qu'il s'applique au-delà des contrats de distribution, il est évident qu'ils en sont sa vocation première et sa raison d'être. De nombreuses craintes vont naître en doctrine à la suite de sa création. En effet, ce nouvel outil, permet au juge d'intervenir directement sur l'équilibre du contrat et de prononcer des sanctions lourdes. En droit commun, il n'existe pas d'équivalent à cette notion. Elle constitue sans doute l'instrument dont les tenants du solidarisme contractuel ont longtemps rêvé puisqu'elle permet d'intervenir directement à l'intérieur du contrat pour remettre en cause des clauses déséquilibrés quand bien même les parties ont échangé leurs consentements sur celles-ci.

[296] CLAUDEL (E.), « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses centres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) »,RTD com, 2016, p.460

226. **Un instrument à délimiter.** Afin de rassurer les opérateurs économiques, le déséquilibre significatif va donc devoir progressivement s'affirmer au cours des années ayany suivi sa création. L'objectif de la jurisprudence est de venir définir et borner le champ d'application de cette nouvelle notion.

1) Un nouveau standard inspiré du droit de la consommation

227. **Un standard inspiré du droit de la consommation.** L'ancien abus de dépendance va être abrogé et remplacé par une nouvelle notion : le déséquilibre significatif. Introduit par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, l'ancien article L442-6, I, 2° qui condamne 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* ». Ce nouvel article est évidemment fortement inspiré par l'article L 132-1 du Code de la consommation. Cependant, bien qu'ils traitent une notion à l'intitulé identique, il ne faut pas commettre l'erreur de pousser trop loin l'analogie entre le déséquilibre significatif existant dans ces deux branches du droit. En effet, les deux branches du droit n'ont pas la même finalité et ne prévoient pas les mêmes sanctions[297].

228. **Une possible action du ministre chargé de l'économie.** Autre originalité, en plus des parties à un contrat, l'article accorde une initiative autonome au ministre chargé de l'économie. Il dispose ainsi de prérogatives importantes pour lutter contre les clauses et/ou des pratiques qu'il considérerait comme contraires à l'ancien article L442-6, I, 2° du Code de commerce. Son action se concentrera d'ailleurs principalement en pratique sur la grande distribution.

229. **Une absence de définition légale.** La notion de déséquilibre significatif n'est pas facile à appréhender puisque la loi ne donne aucune définition. Le Conseil constitutionnel a pourtant jugé que les imprécisions de la notion ne l'empêchaient pas d'être valide[298], estimant que d'une part celle-ci existait déjà en droit de la consommation et d'autre part que sa mise en œuvre ferait l'objet de précisions de la part de la jurisprudence.

[297] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? » Revue des contrats, 1 juillet 2009, n°3 p.1258 ; BUY(F.), « Entre droit spécial et droit commun : l'article L 442-6, I, 2° du Code de commerce », Petites affiches, 17 décembre 2008, n°252, p.3

[298] Cons.const. déc. n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011 : LEVENEUR (L.), Contrats, C.conso. 2011, repère 11, MALAURIE-VIGNAL (M.), Contrats, C.conso. 2011, comm 63.

230. **Une notion accordant aux juges une large marge de manœuvre.** L'absence de cadre et de définition précis de cette notion en font un nouveau standard du droit, intégré à l'univers du droit de la concurrence. Il implique automatiquement un rôle accru du juge puisque c'est lui qui va, du fait de son interprétation, en fixer l'ampleur et « la charge normative »[299]. Ce nouveau standard a pu créer de nombreuses craintes de la part de la doctrine, certains auteurs parlant même de « monstre juridique »[300]. Ce nouvel instrument visant à garantir l'absence de déséquilibre dans le contrat n'était pas forcément accueilli avec enthousiasme[301]. Or, n'était-il pas risqué et contraire à l'idée de l'autonomie de la volonté, règle d'or du droit commun des contrats, de laisser au juge un vaste pouvoir pour empêcher les déséquilibres au sein d'un contrat ?

Sans doute pour ne pas trop empiéter sur un droit commun fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté et sur le fait que le contrat est la chose des parties, les juges vont venir progressivement définir et encadrer la notion de déséquilibre significatif.

2) Un déséquilibre significatif difficile à borner

231. **La nécessité de mieux encadrer la notion.** Afin de mieux définir la notion de déséquilibre significatif il convenait en priorité à la jurisprudence de venir en donner peu à peu une définition au gré des décisions rendues (a) et de venir délimiter son champ d'action (b).

a) Une définition en construction

232. **Une mission confiée aux juges afin de définir la notion.** La notion de déséquilibre significatif est le résultat d'une évolution du droit de la concurrence qui était en quête de contrôler les relations contractuelles entre professionnels du droit de la distribution[302]. Cette

[299] MAZEAUD (D.), « Sur les standards » : Revue de droit d'Assas, févr. 2014, n° 9, p. 35 « *En tant que tel, le standard n'est qu'un mot de la loi, une simple empreinte légale qu'il appartient au juge de doter d'une charge normative, en s'appuyant souvent sur les propositions doctrinales qui en identifient les contours et en appréhendent les évolutions.* » Revue des contrats, 2008, p.1268

[300] LUCAS DE LEYSSAC (C.), CHAGNY (M.), « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique », RDC, 2009, p.1268

[301] CHAGNY (M.), « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelle ? » Contrats, concurrences, consommation, 2008, alerte 70, l'auteur craint que ce nouvel instrument vienne totalement bouleverser le droit des contrats et s'interroge pour savoir si ce nouvel outil sera un simple « *sabre de bois* » ou une véritable « *arme de destruction massive du droit des contrats* »

[302] Bien qu'elle s'applique plus largement à d'autres types de professionnels. Il est bien clair que c'est dans cette branche d'activité que le droit de la concurrence a essayé d'intervenir.

nouvelle pratique est une sorte d'aboutissement de l'évolution de la matière en s'éloignant du contrôle de pratiques spécifiques pour un véritable contrôle global des relations entre les professionnels.

En revanche, l'absence de définition légale tend à montrer une volonté d'un passage de flambeau du législateur vers les juges. Ils devront définir eux-mêmes le cadre entourant la notion par le biais de leurs décisions.

Le législateur a ainsi fait du déséquilibre significatif un nouveau standard du droit. Pour définir ce qu'est un standard, il suffit de reprendre la formule de Denis Mazeaud selon qui, il n'est « *qu'un mot de la loi, une simple empreinte légale qu'il appartient au juge de doter d'une charge normative* [303]». Il en ressort que le standard juridique est une notion vague, mal délimitée qui donne au juge un champ d'intervention qu'il doit borner lui-même[304].

233. **Une notion accordant un large pouvoir d'intervention.** Ce standard va étendre très largement le spectre de son champ d'action s'étalant de la négociation à la conclusion du contrat jusqu'à son exécution[305]. L'ancien article L442-6, I, 2° permet un contrôle généralisé de tout type de clauses dans les relations commerciales. Il va ainsi bien plus loin que le simple contrôle des clauses abusives orchestré par l'article L 132-1 du Code de la consommation. Ce large spectre d'intervention se manifeste également sur le plan des sanctions envisagées, puisqu'elles ne se contentent pas de réputer non écrite une clause[306]. Elles prévoient la responsabilité de l'auteur du déséquilibre, la nullité du contrat ainsi qu'une amende civile a été relevée jusqu'à 5 millions d'euros par les dernières réformes.

234. **Le critère de l'absence de négociation.** L'analyse des décisions rendues par la Cour de cassation ces dernières années est riche d'enseignements.

Tout d'abord, l'absence de négociation libre et effective des clauses du contrat semble être un indicateur pouvant constituer une tentative de soumission à des obligations significativement déséquilibrées.

---

[303] MAZEAUD (D.), « Sur les standards » : Revue de droit d'Assas, févr. 2014, n° 9, p. 35

[304] STURLESE (B.), « Le standard juridique serait-il ainsi l'ennemi de la sécurité contractuelle ? », Revue des contrats, 2016, n°113h1, p.398

[305] En raison de l'évolution de notre étude dans un sens chronologique, nous ne pouvons traiter de la modification postérieure de l'article L442-6, I, 2° par l'ordonnance du 24 avril 2019. Si au sein de l'article L442-6, I, 2° aucun moment d'intervention du déséquilibre significatif n'était visé par l'article, le nouvel article L442-1, I, 2° viendra confirmer l'étendue de son application à ces différentes phases du contrat.

[306] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? » Revue des contrats, 1 juillet 2009, n°3 p.1258

Ainsi dans son arrêt Provera du 3 mars 2015, la Cour de cassation énonce qu'« *en se référant à la situation de fournisseurs, qu'elle a identifié, que les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion, ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses* ».[307] Par la suite dans l'arrêt Carrefour du 4 octobre 2016, la chambre commerciale fait référence au « *contrat-type* » proposé par les fournisseurs et justifiant de l'application du texte[308]. Enfin, bien qu'ils ne soient pas abordés pour des raisons chronologiques, d'autres arrêts iront également dans ce sens[309].

235. **Analyse clause par clause ou globale ?** Une autre question revenait à se demander si l'analyse du déséquilibre devait se faire en prenant indépendamment chaque clause du contrat une par une ou par une analyse globale. La Cour de cassation, dans plusieurs décisions rendues, indiqua qu'il convenait de pratiquer une analyse d'ensemble afin de vérifier qu'une clause déséquilibrée ne trouvait pas sa raison dans un avantage donné par ailleurs dans le contrat[310]. Ainsi en présence d'une clause manifestement déséquilibrée, les juges sont toujours invités à vérifier s'il n'existe pas dans le contrat une autre clause permettant un rééquilibrage.
Enfin, concernant la notion même de déséquilibre significatif, c'est l'idée générale de réciprocité qui marque le déséquilibre. L'absence de contrepartie ou une contrepartie disproportionnée ou dérisoire pourra être prise comme critère de reconnaissance d'un déséquilibre significatif[311].

236. **Une applicabilité très vaste du déséquilibre significatif.** La Cour de cassation est donc intervenue pour mieux définir la notion de déséquilibre significatif permettant l'applicabilité de l'ancien article L442-6, I, 2°. Une évidence émerge à la lecture de la délimitation de la notion, son applicabilité à un très grand nombre de contrats et de situations, allant au-delà des seuls contrats de distribution. Il est important de rappeler que le droit spécial n'a normalement pas

[307] Cass.com, 3 mars 2015, n°14-10907 « *Provera* »
[308] Cass.com, 4 octobre 2016, n°14-28013 « *Carrefour* »
[309] Enfin, un des derniers arrêts d'importance en date, l'arrêt Galec du 25 janvier 2017, n°15-23547 (qui interviendra seulement après la réforme du droit des contrats), justifiera que le déséquilibre significatif se caractérise dès lors qu'il « *ne résulte pas d'une libre négociation* »
[310] Cass.com. 3 mars 2015, n°13-27525 « *Eurauchan* » ; n°14-10907 « *Provera* » ; CHANTEPIE (G.), « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », AJCA, 2015, p.218 ; BUY (F.), « Le « déséquilibre significatif » devant la Cour de cassation : enfin des précisions ? », Dalloz, 2015, p.1021 ; CHAGNY (M.), « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation ! », RTD com, 2015, p.486
[311] Cass.com, 27 mai 2015, n°14-11387 ; Cass.com, 3 mars 2015, n°14-10901 ; Cass.com, 3 mars 2015 n°13-27525 ; Cass.com., 4 octobre 2016, n°14-28013

vocation à s'appliquer à un trop grand nombre de contrat mais doit intervenir de manière précise dans un domaine d'application défini.

237. **L'outil de rééquilibrage des contrats tant attendu ?** La prise de position du législateur semble être le résultat de ce que toute une branche de la doctrine a réclamé pendant plusieurs années : celle d'un besoin de permettre au juge de contrôler largement l'équilibre des contrats face à l'insuffisance des outils de droit commun.
L'imprécision de la définition du déséquilibre significatif lui permet de potentiellement toucher un large nombre de contrats. A cela s'ajoute une vaste étendue du champ d'intervention de la notion.

b) L'étendue du champ d'intervention de la notion de déséquilibre significatif

238. **Le principe de l'interdiction des juges de contrôler le prix du contrat.** La fonction du déséquilibre significatif est de permettre de sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses abusives entre professionnels. La question a pu se poser de savoir si ce contrôle du juge pouvait s'étendre jusqu'à celui de l'adéquation du prix, ou si comme en droit de la consommation[312], il existe une interdiction de s'appuyer sur caractère abusif des clauses pour opérer un contrôle du prix.

239. **Un principe remis en cause par le biais du déséquilibre significatif.** En principe, le prix est librement fixé par les parties. En raison du principe de l'intangibilité des contrats, il semblait difficilement envisageable que l'on puisse revenir sur un prix convenu par le biais du déséquilibre significatif. Pourtant dans un arrêt du 3 mars 2015[313], la chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu un déséquilibre significatif pour une clause relative à la détermination du prix. La Cour de cassation avait relevé que « l'article L442-6,I,2° du Code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu à son économie ». Prendre en compte l'économie revient à définir le point de rentabilité et donc le calcul d'un éventuel prix excessif.
Ainsi, cette décision tend à confirmer la position de certains auteurs qui voient dans le

[312] Article L212-1 alinéa 3 du Code de la consommation
[313] Cass.com, 3 mars 2015, n°13-27525 « *Eurauchan* »

déséquilibre significatif une consécration de la lésion sanctionnée par le droit[314]. En effet, tout écart de prix doit pouvoir être justifié par un avantage proportionné et un déséquilibre significatif peut naître d'un avantage financier dont la contrepartie serait nulle ou dérisoire[315].

240. **Un contrôle du prix en totale opposition avec le principe de liberté contractuelle.** Cette possible remise en cause du prix déterminé par les parties est donc totalement à rebours du principe de révision du contrat pour lésion consacré en droit commun. Le droit spécial se dote par le biais du déséquilibre significatif d'un instrument de contrôle de l'équilibre qui ne connaît que peu de limites. Le droit spécial vient ici en confrontation directe avec le droit commun en semblant faire de la quête d'équilibre une des clés de voute du droit de la concurrence[316]. De plus, cette recherche permanente d'équivalence des prestations se heurte à l'objectif de libération des relations commerciales affiché par la LME. Ce nouveau standard tend à développer un dirigisme qui a tendance à davantage contrôler l'équilibre des valeurs économiques plutôt que celui des prérogatives.

241. **Le déséquilibre significatif a-t-il ouvert la boîte de pandore du droit des contrats ?** A la lecture du Bilan des décisions judiciaires publié par la Faculté de Montpellier, la réponse serait assurément négative. En effet, à titre d'exemple pour l'année 2021, sur ensemble de soixante décisions rendues en matière de déséquilibres significatifs, seule trois d'entre elles ont mené à condamnation[317]. Puis pour l'année 2022 (dernière année pour le moment disponible en ligne), sur trente-huit décisions rendues, seules quatre ont mené à condamnation[318].
Le contentieux privé n'aboutit finalement que dans un nombre de cas très peu élevé, ce qui montre que les juges veillent bien à ce qu'un déséquilibre significatif soit suffisamment motivé

[314] L'arrêt Galec du 25 janvier 2017, ne pourra pas être abordé ici pour des raisons de chronologie. Cependant, cet arrêt est d'importance puisqu'il a jugé qu'un déséquilibre significatif pouvait résulter d'une « inadéquation du prix au bien vendu » semblant se reconnaitre la possibilité de réaliser une forme de contrôle du prix. Ce qui a de plus été approuvé par le Conseil constitutionnel (30 novembre 2018, QPC n°2018-749)
[315] Nous savons aujourd'hui que l'article L 442-6 sera modifié par l'ordonnance du 24 avril 2019 en L 442-1, I, 1° du Code de commerce, qui condamnera « d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie » consacrant « *un contrôle généralisé de la lésion* ». BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019. Semaine juridique Entreprise et Affaires, n°29, 18 juillet 2019, 1363
[316] LE GAC-PECH (S.), « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », Contrats Concurrence Consommation, n°11, novembre 2009, étude 12
[317] https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan-des-%20d%C3%A9cisions-%20judiciaires-2021-%20Faculte-Montpellier.pdf?v=1657624649
[318] https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/bilan-des-decisions-judiciaires-31-12-2022.pdf?v=1729776550

et apparent pour pouvoir être jugé comme tel. Cela peut également être vu comme une volonté d'éviter des entorses inutiles à l'autonomie de la volonté, pilier du droit commun.

242. **Le rôle important de l'action du ministre chargé de l'économie.** Il est intéressant de noter que c'est le contentieux à l'initiative du ministre de l'Économie qui porte le plus ses fruits. Cela peut s'expliquer soit par la qualité et la richesse des motivations apportées par celui-ci soit par la nature même de l'ancien article L442-6, I, 2° dont la vocation première était de stopper les abus de la grande distribution. Pour cette raison Madame le Professeur Béhar-Touchais a pu parler d'un déséquilibre significatif « à deux vitesses »[319].
Ainsi le droit de la distribution connaitrait une force de protection à deux niveaux en droit spécial. Une protection forte en matière de grande distribution et une plus faible dans les autres. Pourtant l'article continue d'être régulièrement invoqué par les parties dans les contentieux privé.

243. **Conclusion.** La définition insuffisante de la notion et la largeur de son champ d'intervention permettront aux juges d'accroitre leur intervention dans l'équilibre des contrats s'ils le souhaitent. Lors de son entrée en vigueur, la notion de déséquilibre significatif constituait une telle entorse potentielle au principe de l'autonomie de la volonté de droit commun qu'elle a pu naturellement effrayer. Le déséquilibre significatif est finalement difficile à mettre en œuvre, ce qui vient en limiter la portée.
Plus discret que le déséquilibre significatif à ses débuts, un autre mécanisme de contrôle important a été développé par le droit spécial : l'avantage sans contrepartie.

II. Le contrôle du prix par la sanction de l'absence de contrepartie

244. **Un contrôle des marges arrière.** La notion d'avantage sans contrepartie, aussi connue sous l'expression disproportion manifeste a été introduite par la loi NRE du 15 mai 2001. Elle avait pour objectif premier de lutter contre les abus de la grande distribution, notamment contre la pratique des marges arrières[320]. Cette pratique commerciale permettait au distributeur d'obtenir des avantages financiers indirects. Au lieu d'essayer d'obtenir des réductions sur leurs

[319] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP E n°21, 25 mai 2015, doctr.603 ; GRALL (J.-C), MALLEN (G.), « Déséquilibre significatif : entre affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligation », Revue Lamy de la concurrence, n°56, 2016, p.28
[320] Sa fonction évoluera par la suite en un véritable contrôle du prix dans le contrat. V supra infra n°440 et s.

factures, les grands distributeurs préféraient favoriser les marges arrières avec lesquelles ils bénéficiaient d'une plus grande marge de manœuvre. Pour compenser les marges qu'ils perdaient lors des négociations, les gros distributeurs ont essayé d'obtenir des avantages négociés hors facture par le biais de prestations fictives[321]. Par la suite les distributeurs ne manqueront pas d'imagination en multipliant les modes de contournements, avec les pratiques dites de la corbeille de la mariée ou du client le plus favorisé[322].

L'intégration de l'avantage sans contrepartie a imposé que les ristournes et autres avantages financiers soient clairement conditionnés par un service effectif rendu par le distributeur, permettant une meilleure formalisation des relations commerciales. Les sanctions prévues ont également un effet dissuasif puisqu'elles accordent aux magistrats de choisir entre une amende pouvant s'élever jusqu'à cinq millions d'euros, le triple du montant illicite perçu ou 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France. Le texte prévoit également la possibilité pour le ministre de l'Économie d'agir de manière autonome.

245. **Une sanction complémentaire à l'absence de cause**. Cet article vient ainsi sanctionner l'absence de contrepartie réelle à un engagement et pourra se cumuler à celui de l'absence de cause[323]. Le droit de la concurrence vient ainsi compléter l'arsenal de sanctions en cas d'absence de contrepartie et s'inscrit clairement dans une volonté d'interventionnisme dans les rapports contractuels existants entre fournisseurs et distributeurs. Le contrôle de la contrepartie en droit spécial présente cependant une approche véritablement différente du droit civil. Le contrôle de la contrepartie sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil a parfois pu être observé comme un contrôle de proportionnalité lors du mouvement de déformation du droit commun[324]. Cependant, dans son rôle traditionnel il correspond en réalité à un contrôle binaire de la présence ou de l'absence de la contrepartie. A l'inverse le droit de la concurrence semble avoir été développé en réaction au mouvement de déformation du droit commun et propose un contrôle plus large en autorisant un véritable contrôle de proportionnalité des prestations[325].

Au stade de la formation du contrat, le droit spécial s'est donc enrichi afin de permettre de venir

[321] RETTERER (S.), « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », Dalloz, 2003, p.1210

[322] HADJ-AISSA (H.), « L'avantage sans contrepartie », Jurisclasseur Concurrence-Consommation. Fascicule 270. 2024

[323] FERRIER (N.), HOTTE (S.), « De l'influence du droit des contrats sur le droit des pratiques restrictives de concurrence », colloque Vers un nouveau droit de la concurrence ?, Concurrences, n°1-2016

[324] V. supra n°108 et s.

[325] ROCHFELD (J.), « A la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats : l'apport des pratiques restrictives de concurrence », Revue Juridique de l'Ouest, 2004, p.480 et s.

compléter et combler les lacunes du droit commun des contrats. L'objectif étant d'assurer un meilleur contrôle de l'équilibre des contrats de distribution. Un mouvement similaire se matérialise aux stades du développement et du dénouement des relations contractuelles.

Section 2 : Les bénéfices de l'enrichissement aux stades du développement et du dénouement des relations

Un enrichissement présent aux différents stades du contrat. La nature souvent déséquilibrée des contrats de distribution fait que la partie faible se retrouve parfois dépendante de la partie forte. Pour veiller à ce que cette asymétrie de pouvoir n'aboutisse à des abus, le législateur a développé au sein du droit spécial des règles protectrices visant à encadrer l'évolution des relations contractuelle (paragraphe 1) mais aussi lors du dénouement de la relation contractuelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'encadrement de l'évolution des relations

246. **Vers une remise en cause de la théorie de l'imprévision.** Le droit de la concurrence semblait porter en lui les germes d'une remise en cause de la théorie de l'imprévision. Cela se traduisait tout d'abord par un encouragement des parties à une renégociation équilibrée en droit de la concurrence (I) puis au travers de la loi Hamon qui était venue encadrer les fluctuations des prix des matières premières agricoles (II).

I. Un encouragement des parties à renégocier

247. **Un principe mainte fois réaffirmé.** Nous l'avons vu précédemment, depuis la célèbre jurisprudence du canal de Craponne, le droit français s'obstine à refuser de reconnaître la révision pour imprévision. Si les arrêts Huard ou Chevassus-Marche, ont pu laisser croire à un basculement, les juges ont par la suite toujours rappelé fermement ce principe.

248. **La nécessité de prévoir contractuellement les éventuels changements de circonstances économiques.** Ce refus de reconnaître l'imprévision est censé inciter les futurs contractants à anticiper en organisant contractuellement les éventuels changements de circonstances économiques pouvant intervenir durant la vie du contrat. La clause de révision de

prix aussi souvent appelée clause de hardship s'est développée à cette fin.

249. **L'encadrement des clauses hardship.** Cependant, en droit de la concurrence ce type de clause est désormais sous le joug de la notion de déséquilibre significatif[326].
Ainsi dans une décision rendue par le tribunal de commerce de Lille, le 6 janvier 2010[327], il a été reproché à la société de distribution Castorama, de ne pas avoir prévu au sein de son contrat de clause de modification en cours de contrat et qu'en raison des faits de l'espèce cela a contribué au déséquilibre significatif constaté. Ainsi, il est reproché au distributeur de ne pas avoir insérer ce type de clause dans son contrat « *au cas où le volume d'affaires avec le fournisseur viendrait à baisser de manière significative* ».
Cette remarque formulée par les juges peut être analysée comme une volonté de pousser les parties à la renégociation en cas d'imprévision.
D'autres décisions ont été rendues, une fois encore dans le domaine des contrats de distribution, et sont venues préciser que si la possibilité de réviser le contrat était organisée, elle ne pouvait pas l'être de manière déséquilibrée. Ainsi les clauses de révision de prix pour être valables doivent être réciproques et s'appliquer à la hausse comme à la baisse[328].
L'encouragement à la renégociation a également été mis en œuvre par la loi Hamon en matière de fluctuation des prix du domaine agricole.

II.Le contrôle de la fluctuation des prix du domaine agricole

250. **Une obligation de droit spécial d'insérer une clause de fluctuation des prix.** La loi Hamon du 17 mars 2014[329] relative aux contrats affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, constitue sans doute de véritables prémices à la révision pour imprévision[330].
L'article L441-8 du Code de commerce tiré de cette loi, impose l'insertion d'une clause de fluctuations des prix pour tout contrat de plus de trois mois portant sur la vente de produits agricoles et alimentaires dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières. L'absence d'insertion de ces clauses entraine des

[326] FOURGOUX (J.-L.), « La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires », AJ contrat, 2020, p.540
[327] T.com. Lille, 6 janvier 2010, n°2009-05184
[328] CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941, D.2014.893, obs FERRIER (D.) ; CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651, D.2014 ?893, obs FERRIER (D.)
[329] Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, publiée au Journal officiel le 18 mars 2014
[330] BARBIER (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 RTD. Civ. 2016 p.247

sanctions administratives. Cette loi est certes cantonnée à un secteur spécifique du droit de la distribution, mais elle amorce une nouvelle philosophie[331].

251. **L'amorce de la reconnaissance de la révision pour imprévision en droit commun ?** Une fois encore, le droit spécial semble être le « laboratoire » du législateur. Il y développe les conditions de renégociation, qui devront s'établir selon le principe de bonne foi et prévoir les conditions de déclenchement de la renégociation. Le droit spécial s'inscrit en opposition avec le droit commun issu de l'arrêt canal de Craponne du droit commun en plaçant les bases d'une possible révision pour imprévision.
Veiller à la bonne exécution du contrat est important en matière de contrats de distribution puisque ces contrats s'étalent dans le temps. Un déséquilibre important peut donc avoir sur la durée des effets désastreux pour la partie lésée.

Paragraphe 2 : L'encadrement de la cessation des relations

252. **L'encadrement de la rupture des contrats de distribution par le droit spécial.** Les contrats de distribution sont généralement sur la scène du commerce, le lieu privilégié d'investissements très importants. Pour cette raison, la rupture du contrat de la partie victime peut la mettre dans une situation de grande précarité. Si en droit commun la rupture du contrat est normalement libre, dans la limite de l'abus, le droit spécial va pour sa part assurer la limitation les déréférencements brutaux des centrales d'achat vis-à-vis de leur fournisseur (I).
A l'inverse, il ne faut pas que la partie faible puisse se trouver pieds et poings liés à une enseigne avec laquelle elle ne souhaite plus travailler et qui use de montages contractuels pour l'empêcher de venir la concurrencer. Le législateur va avec la loi Macron dépasser l'indivisibilité jurisprudentielle développé en droit commun afin de l'étendre dans le but de fluidifier la sortie des affiliés à de puissants réseaux de distribution (II).

I. Le maintien forcé du contrat par l'interdiction du déréférencement brutal

253. **Un frein à la liberté totale de rompre le contrat.** La loi Galland du 1er juillet 1996, va introduire l'article 36, 5° Ord. 1986, devenu L. 442-6, I, 5° puis L. 442-1, II, qui prohibe la

[331] Depuis, a été également été introduit par la loi EGALIM 2 une clause de révision automatique des prix. V. infra n°612

rupture brutale des relations contractuelle entre deux partenaires commerciaux. Une fois encore, c'est pour venir régir le droit de la distribution que le droit spécial s'est enrichi de nouvelles règles. L'objectif initial est de lutter contre le déréférencement abusif d'importantes centrales d'achat auprès de leurs fournisseurs. Le droit spécial va ainsi venir restreindre fortement la possibilité de rompre librement une relation. Pour cela il va tout d'abord étendre largement l'applicabilité du texte (A) puis l'assortir de sanctions contraignantes (B).

A) Une interprétation évolutive du texte

254. **Une interprétation extensive des différentes notions contenues dans l'ancien article L442-6,I,5° du code de commerce.** Cette interprétation large se constate aussi bien à travers la notion de relation commerciale établie (1) ou celle de rupture brutale (2).

1) La notion de relation commerciale établie

255. **Un article ayant pour objectif initial d'éviter les déséquilibres.** A l'origine, l'article L442-6,I,5° du code de commerce avait pour objectif de lutter contre les menaces de déréférencement pratiquées par la grande distribution. En effet, afin d'obtenir des conditions commerciales plus favorables, les grands distributeurs faisaient pression sur leurs fournisseurs en les menaçant de ne plus distribuer leurs produits.
L'intervention du droit spécial avait ainsi pour vocation initiale de compenser les rapports de force déséquilibrés entre les parties et de leur apporter une protection que le droit commun ne permettait pas[332].

256. **Un article s'appliquant à une large catégorie de parties.** Pour autant, le texte s'est progressivement éloigné de son objectif premier en étant interprété par les juges de plus en plus largement. La « relation commerciale » qui évoque une relation entre commerçants a été étendue également aux professions libérales à l'exception de celles dont le statut interdit l'accomplissement d'actes de commerce. Ainsi à titre d'exemple, le texte ne s'applique pas à la relation entre un avocat et ses clients[333], ou celle de la profession de notaire[334]. En revanche, à l'inverse un architecte peut se prévaloir de la rupture brutale des relations commerciales

[332] L'arrêt Bridel était une décision jurisprudentielle isolée. V. supra n°158 et s.
[333] Cass.Com. 24 novembre 2015, n°14-22.578, D.2016.462, note MOULY-GUILLEMAUD (C.)
[334] Cass.Com. 20 janvier 2009, n°07-17.556 , D.2009.369, obs. CHEVRIER (E.)

établies[335].

La jurisprudence semble ainsi s'être éloignée d'une conception économique de la relation qu'entretiennent des parties en retenant une approche très souple des professions pouvant bénéficier de cette protection légale[336].

257. **Le caractère « établi » de la relation, objet d'une interprétation large par les juges.** Une relation établie doit être nécessairement marqué par une certaine stabilité. Les contrats à durée indéterminée ne sont pas les seuls à pouvoir bénéficier du statut de relation établie. Une succession de contrats à durée déterminée pourra être considérée comme constituant une contrat relation commerciale établie[337].

Si la durée de la relation est sans aucun doute le critère naturel marquant la stabilité d'une relation, il n'est pas le critère exclusif retenu par les juges[338]. Ainsi au-delà de la simple durée, c'est aussi la « qualité » de la relation qui doit être prise en considération et l'importance qu'elle revêt pour les cocontractants[339].

Une relation commerciale peut donc s'établir entre les parties, sans qu'elles n'en aient totalement conscience. Cette interprétation large se retrouve aussi dans la notion de rupture brutale.

2) La notion de rupture brutale

258. **Une nécessaire définition de la rupture brutale.** Afin de pouvoir engager la responsabilité d'une des parties dans la relation commerciale, il est nécessaire que cette rupture soit brutale. L'article L442-6, I, 5° définit la rupture brutale comme une rupture sans préavis ou une rupture ne respectant pas la durée minimale de préavis en lien avec la durée de la relation commerciale.

Bien que le texte soit relativement clair dans la définition qu'il donne de la rupture abusive, quelques éclaircissements jurisprudentiels ont tout de même été nécessaires. En effet, la loi n'indique pas précisément quelle est la durée requise pour le préavis ou la méthode de calcul

[335] Cass.Com. 16 décembre 2008, n°07-18.050, D.2009.164, obs. CHEVRIER (E.)

[336] AMARO (R.), «La relation commerciale établie au sens de l'article L442-6,I,5° du code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence », AJ contrat, 2019, p.8 ; FOURGOUX (J-.L.), « Panorama de la rupture brutale des relations commerciales », AJ contrats d'affaires, 2015, p.19

[337] Cass.Com. 2 novembre 2011, n°10-25.323, D.2012.577, obs FERRIER (D.)

[338] Cass.Com. 25 septembre 2012, n°11-24.301, JCP E 2012.1785 obs MATHET (N.)

[339] DE BROSSES (A.), « La rupture fautive de relations commerciales établies ? », in Contrats de distribution, l'équilibre enfin trouvé ?, Droit et patrimoine, juin 2013, n°116, p.71 s.

qui permettrait de la connaître[340].

259. **Des précisions jurisprudentielles.** La jurisprudence est venue apporter son lot de précision en ajoutant des critères : les juges ont par exemple pu voir la dépendance économique comme un « facteur aggravant », estimant que plus la dépendance est forte et plus la rupture brutale fait courir le risque d'un préjudice important[341]. D'autres critères pourront être pris en considération comme la durée de la relation prenant également en compte la durée des relations antérieures ou encore les difficultés de reconversion que la victime pourrait rencontrer[342].

260. **Quelle forme doit revêtir la rupture ?** Au-delà de la durée du préavis, il est légitime également de s'interroger sur la forme de la relation rompue et de son ampleur. S'il ne fait pas de doute à ce qu'un arrêt total des relations commerciales sans préavis peut logiquement constituer une rupture brutale, qu'en est-il lorsque cette rupture n'est que partielle ? Elle peut aussi constituer une rupture brutale si elle est volontaire et imputable à la partie qui souhaite réduire l'activité[343]. Il faut également noter d'un point de vu plus général, que toute modification sur les conditions contractuelles tarifaires ou non tarifaires peut faire l'objet d'une rupture brutale dès lorsqu'elle est substantielle et qu'elle n'a pas été négociée[344].

Une clause fixant la durée du préavis ne lie pas le juge. Ainsi, même si les parties ont convenu d'une durée de préavis d'un commun accord, le juge pourra tout de même estimer que celle-ci était insuffisante. Cela démontre encore une fois la très large étendue de l'intervention du juge au travers de ce texte, puisqu'il permet d'outrepasser la volonté initiale des parties[345].

Enfin, la rupture d'une relation commerciale établie, même si elle est prévisible, ne prive pas le partenaire de devoir manifester son intention de ne pas poursuivre la relation, afin de faire courir le délai de préavis[346].

---

[340] Ce manque de précision sera en partie corrigé par le futur article L442-1 I, 1°du Code de commerce modifié par la loi n°2021-1357 du 18 octobre 2021 qui viendra apposer une limite en précisant que la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de 18 mois.

[341] Cass.Com. 20 mai 2014, n°13-16.398 ; Cass.Com. 7 octobre 2014, n°13-19.692

[342] ERESEO (N.), « Le détournement du droit des pratiques restrictives de concurrence à travers l'exemple de l'article L442-6, I, 5° C. com », Concurrences, 2010, n°2-2010, p.62

[343] FOURGOUX (J-.L.), « Panorama de la rupture brutale des relations commerciales », AJ contrats d'affaires, 2015, p.19.

[344] Cass.com, 20 novembre 2019, n°18-11.966, Contrats Concurrence Consommation, 2020, comm. 23 MATHIEY (N.)

[345] Cass.Com. 6 mars 2007, n°05-18.121, JCP E 2007.2303 n°14, obs DECOCQ (G.) ; Cass.Com. 16 décembre 2014, n°13-21.363

[346] MOULY-GUILLEMAUD (C.), « La brutalité d'une rupture prévisible », Dalloz, 2016, p.2203

261. **Une sanction facilitée.** Ainsi, en présence d'une relation commerciale établie et d'une rupture brutale de celle-ci, le non-renouvellement du contrat pourra être fautif. Ces deux notions sont interprétées de plus en plus largement par les juges, ce qui va faciliter la reconnaissance de la responsabilité de l'auteur de la rupture[347]. A l'inverse, la preuve de l'abus dans la rupture en droit commun nécessite d'apporter une triple constatation : une faute, un préjudice et un lien de causalité. Le droit spécial tend donc naturellement à supplanter totalement le droit commun en la matière[348]. A cela s'ajoute des sanctions spécifiques plus favorables à la partie victime de la rupture.

B) Des sanctions spécifiques encourues

262. **Une indemnisation plus importante**. Les sanctions encourues pour l'auteur d'une rupture brutale, sont particulièrement efficaces et peuvent aller du gain manqué à la perte éprouvée (1). Afin de rationaliser l'indemnisation de la victime, son comportement sera également pris en compte (2).

1) Du gain manqué à la perte éprouvée

263. **L'indemnisation de la victime : solution privilégiée.** Il est possible pour les juges de décider du maintien forcé de la relation. Cependant, ces décisions sont rares puisque l'intuitu personae est très fort et il paraît difficile de poursuivre une relation une fois le lien de confiance rompu. Pour cette raison, le plus souvent, les juges opteront pour la réparation du préjudice subi par la partie victime de la rupture.

264. **Une indemnisation quasi-systématique du gain que la victime de la rupture pouvait escompter.** Le fondement de la responsabilité qu'engage l'auteur d'une rupture brutale a été longuement débattu. Il est aujourd'hui convenu que sa nature est délictuelle[349]. Il comprend à la fois la perte éprouvée mais aussi le gain manqué.

---

[347] Pour une vision critique de cette possibilité de rupture de plus en plus facilitée par les juges : MOULY-GUILLEMAUD (C.), « Répercussion de la crise économique, perte de rentabilité d'une relation ou prévisibilité de la rupture : la brutalité en quête de sens ». RTD com. 2016. 385

[348] GARINOT (J.-M.), « Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat ? », Recueil Dalloz, 2014, p.2014

[349] Cass.Com. 6 févr. 2007, nº 04-13.178,; D. 2007. 653, obs. CHEVRIER (E.) ; D. 2007. 1688, obs. BALLOT-LENA (E.) ; JCP 2007. II. 10108, note MARMOTZ (F.) ; RDC 2007. 731, obs. BORGHETTI (J-.S.). – Com. 13 janv. 2009, RDC

La partie responsable de la rupture va donc devoir tout d'abord réparer les conséquences dommageables liées à l'absence de préavis.

Généralement, les juges retiennent pour préjudice la marge brute que pouvait espérait percevoir la partie privée de son préavis. Ce choix a été préféré à celui de la perte de chiffre d'affaires[350]. Cependant, ce choix demeure critiqué en doctrine puisqu'il revient à surévaluer le préjudice. En effet, dans la réalité des affaires, cette marge brute aurait pu être amoindrie des charges qui ne seront pas supportées en raison de la cessation de l'activité[351].

Cette solution de réparation aboutit à une indemnité presque automatique en cas de préavis insuffisant. Le gain manqué est indemnisé en lui-même de manière détachée des conséquences.

265. **L'indemnisation plus rare de la perte éprouvée.** Cette seconde partie d'indemnisation est cependant entendu de manière beaucoup plus restrictive. Ces préjudices complémentaires peuvent tout de même parfois également être accordés[352] :

Tout d'abord les frais de licenciement : le caractère brutal de la rupture a pu contraindre la victime à licencier dans l'urgence certains de ses salariés. En présence d'un lien de causalité entre brutalité de la rupture et licenciement, les juges ont accepté d'indemniser la partie victime[353].

Ensuite les investissements : cela concernera uniquement les investissements non-amortis par la partie subissant la rupture[354].

Enfin, le préjudice d'image : il est la conséquence directe de la rupture, mais n'est en rien lié à son caractère brutal. En l'absence de lien de causalité entre la brutalité et le préjudice, il ne pourra pas y avoir d'indemnisation[355].

2009. 1016, obs. MAZEAUD (D.). – Com. 25 mars 2014, n° 12-29.534 , Bull. IV, n° 58 ; D. 2014. 1250, note JAULT-SESEUKE (F.)

[350] Cass.com. 28 mai 2013, n°12-19.147, Contrats-Concurrence-Consommation n°183 note MATHEY (N.) ; Cass.com. 24 juin 2014 n°12-27.908

[351] VOGEL (L.), « Panorama de la rupture de relations commerciales établies : un droit à réformer. AJ contrat, 2016, p.460 ; DISSAUX (N.), « L'indemnisation du distributeur en cas de rupture brutale », RDC 2015, n°112n0, p.991

[352] Le Couviour (K.), « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies ». RTD com, 2008, p.1

[353] Cass.com. 23 janvier 2007, n°04-16.779 ; Cass.com. 28 mai 2013, n°12-19.147

[354] CA Paris, 20 janvier 2011, n°10/1509

[355] Le Couviour (K.), « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies ». RTD com, 2008, p.1

2) La place du comportement de la victime

266. **L'incidence du comportement de la victime sur son indemnisation.** Le comportement de la victime peut faire varier le montant alloué au titre de l'indemnisation. Ainsi certains auteurs ont pu rapprocher ces solutions d'une obligation de minimiser le dommage. Cette obligation existe à l'étranger mais n'a jamais été consacrée en droit français. Dans un arrêt du 15 mars 2001, la Cour d'appel de Douai a par exemple jugé que la victime de la rupture brutale avait délibérément pris des risques en ne diversifiant par son activité. En raison de cette faute, la victime sera privée du quart du montant total qu'elle devait percevoir au titre du préjudice[356].
Dans le même esprit, la Cour d'appel de Pau a retenu qu'il était normal de pondérer le préjudice reçu en raison d'une baisse de commandes significatives de son partenaire qui aurait dû l'inciter à diversifier sa clientèle[357].

267. **L'importance d'avoir un comportement économique cohérent.** La prise en compte du comportement de la victime peut s'expliquer par une volonté de rationalisation de la réparation. En effet, l'objectif est de davantage coller à une réalité économique. Cette vision d'un pragmatisme des affaires, peut tout de même avoir des effets pervers rendant la quantification du préjudice imprévisible[358].

268. **Une volonté du droit spécial de toujours compenser la perte subie par la victime.** Le droit commun de l'abus avait vu son champ d'application de plus en plus restreint. Le droit spécial qui s'est développé initialement en droit de la distribution avant d'être envisagé plus largement, tend désormais à l'absorber. En effet, le droit spécial facilite grandement la tâche de la partie victime de la rupture, en simplifiant la charge de la preuve. De plus, les juges ont développé un système de réparation du préjudice presque automatique. L'objectif initial de protéger les producteurs des abus de la grande distribution s'il est louable, entraîne cependant plusieurs difficultés.

269. **Un droit spécial s'inspirant et dépassant le droit commun.** Une fois encore, le droit

[356] CA Douai, 15 mars 2001, JCP E 2001, p.1861, note ANDRE(C.) ;RTD civ. 2002 p.293, obs MESTRE 5J.) et FAGES (B.)
[357] CA Pau, 21 février 2006, inédit
[358] DISSAUX (N.), « L'indemnisation du distributeur en cas de rupture brutale », RDC 2015, n°112n0, p.991

commun avait initié avec l'arrêt Bridel une jurisprudence contraire à l'esprit de liberté du droit des contrats sous forme de « signal d'alarme » envers le législateur. Cet appel a été entendu et le droit spécial s'est enrichi en développant une protection supplémentaire à l'abus de droit commun en cas de rupture brutale des relations commerciales. Ce nouveau droit spécial permet d'aller bien plus loin que le droit commun au point où il semble presque l'absorber[359]. Un mouvement similaire s'est développé avec l'indivisibilité légale.

270. **Conclusion.** Tout d'abord, le droit de la concurrence est dévoyé de son objectif initial de régulation du marché. Il se retrouve ainsi à gérer des litiges qui devraient normalement relever du droit commun des contrats.

Ensuite, bien que ce texte simplifie la charge de la preuve pour la victime de la rupture et garantisse la réparation de son préjudice, il présente des effets pervers[360]. En effet, l'objectif louable initialement recherché par la jurisprudence, va avoir tendance à scléroser les relations d'affaire. En sanctionnant les ruptures brutales des relations établies, les juges empêchent les parties de la possibilité de se désengager et ce, même si le potentiel nouveau partenaire permet d'obtenir des conditions commerciales plus favorables. Ne pas pouvoir choisir le meilleur partenaire, va à l'encontre de la logique des affaires[361].

A cela s'ajoute l'insécurité juridique de l'absence de précision dans la détermination d'un délai de préavis, et plus encore l'impossibilité de pouvoir fixer par avance ce délai avec certitude[362].

Enfin, cela risque de pousser les parties à précariser leur relation afin de contourner le texte. Pour cela, les parties feront en sorte de privilégier des relations de faible intensité afin qu'aucun état de dépendance économique ne puisse être établi entre elles. Si le fait d'encourager la possibilité de rompre une relation commerciale infructueuse s'inscrit dans une logique économique souhaitable, il est à l'inverse regrettable de fragiliser une relation solide et fructueuse[363].

359

360 JAMIN (C.), « Loi n°96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », RTD civ, 1996, p.1009 « En introduisant au sein même du droit de la concurrence une logique différente de celle qui le sous-tend, on en pervertit la cohérence interne ».

361 GARINOT (J.-M.), « Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat ? », Recueil Dalloz, 2014, p.2014 ; L'auteur ajoute que ces pratiques présentent le risque d'une précarisation des relations d'affaires. En effet pour éviter que la relation puisse être jugée comme juridiquement « établie », les distributeurs vont privilégier les relations de faible intensité.

362 Nous l'avons vu, le juge est toujours en droit de juger le délai insuffisant, même si ce délai a été accepté d'un commun accord par les parties au sein d'une convention.

363 ERESEO (N.), « Le détournement du droit des pratiques restrictives de concurrence à travers l'exemple de l'article L442-6, I, 5° C. com », Concurrences, 2010, n°2-2010, p.63

II.La mise en place d'une indivisibilité légale

271. **Une loi visant à faciliter la sortie des réseaux de distribution.** La notion d'indivisibilité contractuelle a d'abord été développée par les juges au sein des contrats s'inscrivant dans une opération incluant une location financière en droit commun. La loi Macron du 6 août 2015[364] va lui donner une consécration légale au sein du spécial. Il s'agit d'une nouvelle loi dont l'objectif est d'encadrer les contrats de distribution et plus particulièrement les réseaux de distribution. A l'origine l'intention du législateur était louable et visait à fluidifier la sortie des grandes enseignes par les affiliés en uniformisant les échéances contractuelles. L'idée était d'éviter que l'enchevêtrement des différents contrats avec des délais distincts n'empêche un affilié de quitter une enseigne avec laquelle il ne souhaiterait plus travailler.
Malheureusement, le texte pêche par ses imprécisions (A) et va provoquer des effets néfastes sur les parties (B).

A) Un encadrement imprécis de la durée des contrats de distribution

272. **Plan.** La loi Macron était réclamée par les praticiens (1) mais le flou entourant les notions qu'elle abrite rend son champ d'action potentiellement très vaste (2).

1) Une loi souhaitée

273. **Une loi protectrice.** La loi Macron avait un objectif louable, celui de garantir la liberté des membres des réseaux de distribution du commerce de détail en organisant les conditions de sortie du contrat. L'objectif initial était d'éviter la pratique qui consiste à multiplier les contrats à échéances distinctes entre les enseignes et leurs affiliés. Ces différentes échéances contraignent les affiliés qui peuvent difficilement changer d'enseigne.

274. **Une indivisibilité de droit commun trop restrictive.** Les juges ont développé en droit commun des contrats une jurisprudence permettant de rendre des contrats indivisibles, mais la Cour de cassation exige que soit caractérisé une interdépendance contractuelle entre des

[364] Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissante, l'activité et l'égalité des chances économiques, publiée au journal officiel le 7 août 2015.

contrats concomitants ou successifs qui incluent une location financière. Cette approche objective de l'indivisibilité est venue grandement limiter la portée de la notion et ne couvrirait que partiellement la problématique des membres souhaitant quitter un réseau de distribution.
Afin de contrer ces clauses qui freinent la mobilité le Gouvernement avait mis en place un projet de loi « Lefebvre » qui ne verra finalement jamais le jour.

275. **Une indivisibilité de droit spécial aux contours flous.** La loi Macron reprend le flambeau mais le résultat est extrêmement critiqué par les praticiens et par la doctrine. Le texte s'avère trop imprécis. En effet là où la loi Lefebvre se contentait de viser seulement les contrats d'affiliations, la loi macron vise tout un ensemble de contrats de distribution. Cette nouvelle réforme présente donc le risque d'être génératrice de difficultés dans des domaines qui n'en connaissaient pas et d'empiéter déraisonnablement sur le droit commun. Pire encore, elle ne semble pas régler la principale question des clauses post-contractuelles de non-concurrence et de non-réaffiliation qu'elle devait encadrer[365].
Les imprécisions entourant la loi Macron lui donne un potentiel champ d'action très vaste.

2) Une loi conquérante au champ d'application imprécis

276. **L'article L 341-1 du Code de commerce.**[366]L'article prévoit qu'il s'applique à « *l'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autres que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du Livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale* », à l'exception « [du] *contrat de bail dont la durée est régie par l'article L. 145-4,* [du] *contrat d'association et* [du] contrat de société civile, commerciale ou coopérative ». Quant à l'article L. 341-2, il renvoie directement aux « *contrats mentionnés à l'article L. 341-1* ». Un article long dont les contours sont particulièrement flous que ce soit du point de vue des personnes visées (a) que de ses conditions d'application (b).

[365] TITONE (T.), « L'introduction d'un droit des « réseaux de distribution commerciale » par la loi Macron », Revue Lamy de la concurrence, 2016, n°46
[366] Art. L341-1, C.com. Loi 2015-990 promulguée le 6 août 2015

a) Imprécision du texte quant aux personnes visées

277. **Des imprécisions vis-à-vis des personnes visées par le texte.** La notion de « *personne morale de droit privé regroupant des commerçants* » est particulièrement large et peut à la fois évoquer des centrales d'achat ou de référencement, une société holding civile ou commerciale, une société coopérative, une association, une association ou encore un groupement d'intérêt économique.

De la même façon le renvoi aux « *services mentionnés au premier alinéa de l'article L330-3* » est tout aussi vague. Si, l'article fait évidemment référence aux contrats de franchise soit « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial une marque ou une enseigne, exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité* », il a normalement vocation à régir l'obligation d'information précontractuelle. Il n'est nullement question dans l'article de détailler des « services »[367].

Le notion de « magasin de commerce de détail », a été également l'objet d'interrogations puisqu'elle ne bénéficiait d'aucune définition. La Cour de cassation[368], a cependant récemment tranché dans le sens d'une application extensive de loi Macron. En effet, elle a estimé qu'en l'absence d'une définition et de précision dans la loi ou les travaux parlementaire, il convenait d'interpréter la notion « *au regard de la finalité du texte* » dont l'objectif est de faciliter le changement d'enseigne. Dès lors, le commerce de détail ne se limitait pas qu'à la seule vente de marchandise à des consommateur et pouvait couvrir des activités de services auprès des particuliers[369].

278. **Quelques notions bien définies.** Le texte est en revanche suffisamment clair concernant ses exclusions « *mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du Livre Ier du présent code »* et vise les magasins collectifs de commerçants indépendants, les sociétés de caution mutuelle ou encore le contrat d'association et de société civile, commerciale ou coopérative.

Les imprécisions se poursuivent au niveau des conditions d'application du texte.

b) Imprécision du texte quant aux conditions d'application

[367] VOGEL (L.), « Loi Macron : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux, et inadapté », AJ contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p.512

[368] Cass.com. 5 juin 2024, n°23-15741

[369] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'article L. 341-2 du Code de commerce s'applique aux activités de services », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°07, p.1, 2024

279. **Des conditions d'application aux notions vagues.** Pour que la loi Macron soit applicable, les personnes visées par le texte doivent avoir « *pour but commun* » l'exploitation d'un magasin de commerce de détail et comporter « *des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice de cet exploitant de son activité commerciale* ».

Le « *but commun* » tout d'abord, semble renvoyer à la notion d'ensemble contractuel ou de groupe de contrats développés par la jurisprudence en droit commun des contrats. En effet, afin de retenir une interdépendance ou indivisibilité contractuelle, les juges doivent vérifier que les conventions relèvent d'une opération économique commune[370].

Les « *clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par un exploitant de son activité commerciale* », quant à elles regroupent de manière large, toutes les clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice de l'exploitant. S'il ne fait pas de doute que cette formule vise avant tout, les clauses d'exclusivité, de non-concurrence et de non-réaffiliation, elle pourrait plus largement être interprétée par les juges comme toute clause qui fait peser une obligation quelconque sur le distributeur[371].

280. **Un champ d'intervention du droit spécial bien supérieur à celui du droit commun en matière d'indivisibilité.** La loi Macron fait preuves de nombreuses imprécisions qui laissent entrevoir un domaine d'intervention très vaste du droit spécial ne laissant plus qu'au droit commun qu'un rôle résiduel. Malheureusement en pratique cette loi ne semble pas avoir que des effets positifs.

B) Les conséquences néfastes d'une loi dirigiste

281. **Les effets pervers d'une loi dirigiste.** La loi Macron a consacré une vaste indivisibilité légale des contrats. Cependant, cette consécration législative n'est pas exempte de contrainte pratiques (1) et impose un cadre dirigiste qui s'étend aux obligations post-contractuelles (2).

1) Les contraintes de l'indivisibilité légales en pratique

[370] Cass.com. 12 juin 2001, n°98-19.787 ; Cass.com. 5 juin 2007, n°04-20.380

[371] Simon Associés, La lettre des réseaux, n° spécial Loi Macron, Volet relatif aux relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail, p. 14

282. **Le risque d'un recours accru aux contrats à durée déterminée.** La loi Macron a instauré une indivisibilité légale des contrats en prévoyant que « *la résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats* » et en contraignant l'ensemble de ces contrats à « *une échéance commune* ».
L'objectif affiché de cette indivisibilité des contrats est d'empêcher une pratique qui était courante dans la grande distribution et qui consistait à multiplier les contrats à échéances différentes afin de restreindre la mobilité du distributeur.
Bien que cette loi fût souhaitable pour compléter une insuffisante indivisibilité prétorienne de droit commun, elle provoque cependant des effets pervers puisque la mise en place d'une échéance commune va avoir tendance à pousser les parties à souscrire à des contrats à durée déterminée avec un terme précis. Ce type de contrat n'est pas souple puisqu'il oblige les parties à l'exécuter jusqu'à son terme au contraire des contrats à durée indéterminée qui peuvent être résiliés à tout moment à condition de respecter un délai de préavis suffisant.

283. **Le risque d'une indivisibilité non désirée pour certains contrats.** De la même manière, si le fait de rendre indivisible l'extinction des contrats a le mérite de la simplicité il n'est pas certain qu'il soit véritablement plus protecteur pour les distributeurs. En effet, le distributeur visé par la protection peut avoir souscrit des contrats avec des objectifs différents qu'il ne souhaite pas forcément voir liés entre eux. L'extinction d'un contrat considéré simplement comme accessoire, pourra entraîner la résiliation d'un contrat principal[372].

284. **Une disposition malgré tout validée par le Conseil constitutionnel.** Pour autant, le Conseil constitutionnel a validé les nouvelles dispositions des articles L 341-1 et L 341-2 du Code de commerce en estimant que ces articles « *visent à mettre un terme aux pratiques contractuelles des réseaux de distribution* »[373]. En effet, à la question de savoir si la remise en cause généralisée de l'échéance commune des contrats de distribution ne contrevenait pas au principe d'individualisation de la relation commerciale, le Conseil a estimé que ces dispositions étaient suffisamment limitées dans leur champ d'application[374].

---

[372] MALAURIE-VIGNAL (M.), « Les apports de la loi Macron en droit de la distribution », Contrats Concurrence Consommation, 2015, n°11, p.256 ; TITONE (T.), « L'introduction d'un droit des « réseaux de distribution commerciale » par la loi Macron », Revue Lamy de la concurrence, 2016, n°46 ; VOGEL (L.), « Loi Macron : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux, et inadapté », AJ contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p.512

[373] Conseil constitutionnel, décision n°2015-715, 5 août 2015

[374] PLANKENSTEINER (M.), CREQUIER (E.), « Les relations commerciales après la loi du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances », petites affiches, 2015, n°220, p.4

Pourtant, par son dirigisme, ce texte finit en pratique par créer davantage de difficultés que de bénéfices pour les professionnels. Le carcan de la loi macron s'oppose à la logique de monde des affaires qui se caractérise par un besoin de souplesse et de liberté.

2) Des stipulations post-contractuelles restrictives de liberté

285. **Le principe de l'interdiction de limiter l'exercice post-contractuel de l'activité commerciale de l'ancien partenaire.** L'article L 341-2 du Code de commerce dispose que « *Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commercial de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite* » et peut concerner toutes les clauses post-contractuelles telles que les clauses de non-réaffiliation.
La notion d'activité commerciale demeure floue et il reviendra au juge de définir au cas par cas quelle clause provoque un effet limitatif pour l'exploitant dans l'exercice de son activité commerciale. La question reste entière notamment concernant les clauses de droit de préférence ou encore celles de préemption[375].
Sous couvert d'un principe de liberté économique brandi par la loi, la liberté contractuelle sera plus ou moins importante en fonction de l'interprétation que le juge en fera[376].

286. **Une limitation possible par exception de manière encadrée.** Cependant, cet article a repris en son sein les exceptions prévues par le droit Européen[377] afin de rendre certaines clauses licites et de ne pas rentrer en contradiction avec celui-ci.
Pour être valides ces obligations devront être limitées quant à leur objet, leur durée, le territoire géographique et être indispensables à la protection des informations transmises. Ce type de clause reste crucial pour les formes de contrat comme le contrat de franchise pour lequel la protection du savoir-faire est indispensable.

287. **Une exception restreinte par une inversion de la charge de la preuve.** L'article

[375] MAINGUY (D.), « Premières vues sur le « droit français nouveau des réseaux de distribution commerciale », La semaine Juridique Entreprises et Affaires, n°48, 2015, p.1579 ; Simon Associés, La lettre des réseaux, n° spécial Loi Macron, Volet relatif aux relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail, p. 14
[376] MALAURIE-VIGNAL (M.), « Les apports de la loi Macron en droit de la distribution », Contrats Concurrence Consommation, 2015, n°11, p.256
[377] Règlement UE n°330/2010, 20 avril 2010, article 5-3, ordonnance de la CJUE, 7 février 2013 ,°C-117/12, La retoucherie de Manuela

L341-2 du Code de commerce inverse la charge de la preuve pour le contractant voulant bénéficier de l'exception. La personne qui souhaite pouvoir appliquer sa clause doit désormais démontrer que les quatre conditions cumulatives sont bien réunies. Cette modification a des conséquences pratiques importantes. En voulant empêcher les clauses ayant pour vocation de restreindre l'exercice de l'activité commerciale, le législateur vient grandement limiter la marge de manœuvre dont peuvent bénéficier les professionnels dans l'organisation de leurs relations post-contracutelles.

288. **Propos conclusifs.** La loi Macron a ainsi consacré une indivisibilité contractuelle légale au champ d'action important qui relègue l'indivisibilité prétorienne de droit commun au second plan. Cependant, face à la liberté contractuelle de droit commun, le dirigisme du nouveau droit spécial ne présente pas que des vertus.

Le droit spécial est ainsi parfois venu compléter l'arsenal de protection présent en droit commun mais a également connu un autre type de réaction en créant des règles de droit pour faire face à une véritable absence de protection.

CONCLUSION CHAPITRE 1

289. **Le nécessaire enrichissement du droit spécial des contrats.** Face à l'inertie du droit commun des contrat qui était peu adapté à la logique particulière des contrats de distribution, le législateur a réagi en adoptant quelques dispositifs spéciaux.
Cette réaction part du postulat que les droits spéciaux sont plus adaptés à régir les situations particulières que le droit commun dont la vocation est générale[378]. Le droit commun semble présenter des difficultés à réglementer les situations d'inégalité symptomatiques des contrats de distribution.
Les rapports d'influence entre droit commun et droit spécial lors de cette phase d'enrichissement du droit spécial sont particuliers et il est intéressant de noter que le droit spécial à parfois un champ d'action tellement étendu et une efficacité bien supérieure au droit commun qu'il tend à l'absorber et l'éclipser. Ainsi le déréférencement brutal sera souvent préféré à l'abus, et l'indivisibilité légale de la loi Macron à l'indivisibilité prétorienne de droit commun.

290. **Le droit spécial : terrain d'expérimentation du droit commun.** Par d'autres aspects, le droit spécial a pu être analysé comme un laboratoire du droit commun permettant de confronter de nouvelles règles aux réalités de la pratique avant d'éventuellement les généraliser. Le professeur Raymond Gassin disait d'ailleurs à juste titre des lois spéciales qu'elles « *constituent l'instrument particulièrement adapté du réformisme juridique [lequel] se propose de modifier progressivement l'ordre ancien par des réformes multiples et limitées. Or, précisément, ce sont les lois spéciales qui permettent d'atteindre ce résultat puisque chacune d'elles ne fait échec au droit commun que dans un domaine limité* »[379].

291. **Le droit de la concurrence demeure le lieu privilégié des « *législations tests* » du législateur.** En effet depuis sa réforme par la loi Galland de 1996, le droit de la concurrence a délaissé sa logique concurrentielle d'intérêt général au profit d'une protection unilatérale des fournisseurs face aux revendeurs. Il enchaine les réformes successives pour essayer de contrer

[378] CHAGNY (M.), « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux. Rapport introductif », La semaine juridique Entreprise et Affaires, 2018, n°25, p.1326
[379] GASSIN (R.), « Lois spéciales et droit commun », Dalloz, Chronique, 1961, p.93, n°6

l'inventivité dans le contournement de la loi de ceux qui commettent des abus. Ces interventions successives du législateur, dans un court laps de temps montrent les limites du droit spécial et peut être du besoin qu'il aurait à être mieux épaulé ou suppléé.
Il est encore plus problématique d'observer que, même lorsqu'il est animé d'intentions louables, l'enchaînement de ces règles trop spéciales protectrices a tendance à entraver la liberté des opérateurs économiques et de perturber le jeu concurrentiel normal[380].

292. **Une nécessaire réforme du droit commun des contrats.** Il est devenu ainsi assez naturel de s'interroger sur l'utilité d'un retour du droit commun pour appréhender ces diverses problématiques. Pour cela, il convient de réussir à concilier à la fois le fondement classique de l'autonomie de la volonté avec le nouvel impératif moderne de justice contractuelle[381].

[380] GARINOT (J-.M.), « Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat ? », Recueil Dalloz, 2014, p.2014
[381] MONTELS (B.), « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », RTD com. 2002, p.417

Chapitre 2 : L'émergence d'un nouveau droit commun inspiré par l'enrichissement du droit spécial de la distribution

293. **Constat.** Le droit commun s'est longtemps révélé inapte à assurer la protection de la partie faible en raison du postulat d'égalité abstraite des contractants qui était considéré comme l'épine dorsale du droit des contrats[382]. Il a été démontré précédemment que le juge a dans un premier temps déformé le droit commun pour essayer de mieux l'adapter à la réalité des contrats de distribution. Des déformations parfois tellement importantes que certains auteurs ont reproché aux juges de s'arroger un pouvoir créateur de droit. En réaction, le législateur est intervenu au sein des droit spéciaux afin d'offrir un minimum de protection à la partie faible du contrat de distribution. Cette nouvelle protection est parfois allée beaucoup plus loin que le droit commun en complétant la protection déjà en place ou en créant de nouvelles figures juridiques permettant d'assurer un meilleur équilibrage des contrats.

294. **Le bouleversement du droit commun.** L'ordonnance du 10 février 2016 bouleverse aujourd'hui cette répartition des rôles entre un droit commun libéral et un droit spécial dirigiste dans sa mission protectrice. Il a en effet été souligné que l'ordonnance avait de manière quasi révolutionnaire fait « *remonter dans le droit commun la problématique des contrats structurellement déséquilibrés* »[383]. Le Président de la République, dans son rapport du 11 février 2016, a de manière très claire évoqué sa volonté de protéger la partie faible et de réussir à trouver un « *équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté* »[384].

295. **Une réforme découpée en plusieurs temps**. Il importe pour sa compréhension de noter que cette réforme est intervenue en plusieurs temps. Tout d'abord, la réforme a des antécédents :

---

[382] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, n°108 « Le droit commun des contrats dessin la charpente du droit des contrats, son squelette : il détermine les traits communs du genre contractuel, le patrimoine commun partagé par tous les contrats ».

[383] REVET (T.),, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D.2015, p. 1217. ROCHEFELD (J.), « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme » in *Liber amicorum, Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p.836 « Le droit de la concurrence, bien que s'assignant principalement le but d'assurer le fonctionnement satisfaisant du marché, en est également venu à consacrer un pan de ses règles à la « moralisation des pratiques commerciales ». Il l'a fait, de nouveau, sous la pression de l'évolution des rapports de force, particulièrement ceux présents dans les contrats de distribution. […]. L'idée sous-jacente à l'ensemble de ces développements s'est cristallisée autour de celle de « protection de la partie faible » et a pénétré jusqu'au cœur classique du code civil ».

[384] V. Rapport du Président de la République du 10 février 2016

l'idée d'une réforme du droit des contrats n'est pas nouvelle et, depuis les années 2000, les avant-projets de réforme du droit des contrats se sont succédé dans un rythme effréné sans jamais parvenir à aboutir[385]. Pour autant, la réforme actuelle a repris de nombreuses idées de ces avant-projets qui peuvent parfois servir de grille de lecture de la réforme. Par ailleurs, après sa promulgation, cette ordonnance a été accompagnée d'une loi venant la ratifier[386] et la modifier à la marge. A cet égard, si l'ordonnance recelait certaines imperfections, la doctrine avait encouragé à ne la modifier que d'une « main tremblante », craignant une « réforme de la réforme »[387]. Celle-ci a été entendue et, même si elle soulèvera des questions d'application dans le temps des textes, la loi se bornera à quelques modifications veillant à éclairer et corriger des textes parfois obscurs.

Au sein de cette étude, le terme réforme englobera la réforme et sa ratification.

296. **Les innovations du droit commun faites de convergences et de singularités.** Par un phénomène d'imitation du spécial par le général souvent constaté, la philosophie et les dispositions spéciales propres aux contrats de distribution ont inspiré les plus grandes innovations attachées à la réforme du droit commun des contrats[388]. Pour autant, la réforme du droit commun des contrats semble tout de même porter en elle quelques innovations allant au-delà de la protection déjà mise en place par le droit spécial pour la partie faible (Section 1). Le droit commun ne s'est donc pas contenté de singer le droit spécial élaboré pour les contrats de distribution (Section 2).

[385] Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Catala (dir.), remis au Garde des Sceaux en 2005 ; Le projet est en trois ouvrages : Pour une réforme du droit des contrats, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009 ; Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, F. Terré(dir.), Dalloz, 2011 ; Pour une réforme du régime général des obligations, F. Terré (dir.), Dalloz, 2013 ; Avant projet de la chancellerie, 2008 pour le droit des contrats, 2011 pour le régime général et la preuve des obligations

[386] 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.

[387] MEKKI (M.), « Plaidoyer pour une rectification à a marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations », Gazette du palais, 2017, n°305y0, p.11 ; MEKKI (M.) « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », Dalloz, 2018, Chron p.900

[388] BROS (S.), « De l'influence des pratiques restrictives de concurrence sur le droit des contrats » (de lege ferenda) in Vers un nouveau droit de la concurrence ?, Concurrences n° 1-2006, conférence en ligne p. 4 et s., voy. § 4, l'auteur se prononçant sur la base du projet soumis à consultation publique. ; CHAGNY (M.), « Les relations économiques en droit commun et droits spéciaux – Rapport introductif », Semaine juridique entreprise et Affaires, n°25, 2018, p.1326 « S'agissant de l'élaboration de la règle, le nouveau droit des contrats fait apparaître maints emprunts aux droit spéciaux témoignant du phénomène de « rétroaction » évoque par le dicteur des Affaires civiles et du Sceau.

Section 1 : L'émergence d'un nouveau droit commun se rapprochant du droit spécial

297. **Une réforme marquée par un esprit de continuité.** Une analyse rapide du nouveau droit commun des contrats fait aboutir au constat que cette réforme n'a pas pour objectif de bouleverser l'ordre établi. Ainsi, ses répercussions sur les contrats de distribution vont demeurer limitées. La raison est simple et se retrouve dans les objectifs initiaux de la loi. Dans son rapport relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, le Président de la République relevait que le Code civil ne permettait plus de « *donner une vision claire et précise de l'état du droit positif* ».

Ainsi la réforme devait avant tout remettre la loi au premier plan en facilitant sa lisibilité et son accessibilité. En effet, jusqu'alors, c'est la jurisprudence qui œuvrait pour adapter les textes à l'évolution des mœurs et des nouvelles pratiques. Cela était tellement vrai que le droit positif était devenu en grande partie un droit prétorien.

298. **Une réforme porteuse d'innovations.** Cependant, il serait en réalité erroné de croire que la réforme des contrats s'est contentée de codifier à droit constant les solutions dégagées par la Cour de cassation. La réforme du droit des contrats est également assortie de son lot d'innovations, parmi lesquelles nous pouvons citer notamment l'introduction du déséquilibre significatif ou encore la remise en cause de l'imprévision. Or, si certaines de ces nouveautés sont directement inspirées du droit spécial développé en matière de contrats de distribution, elles ne se contentent pas de singer des textes existants. Le nouveau droit commun n'hésite pas à proposer des nouveautés. S'il parait évident qu'une partie du nouveau droit commun a été rédigé sous influence du droit spécial (Paragraphe 1), il est surtout frappant de voir dans quelle mesure il a consacré les mécanismes de correction des déséquilibres (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un nouveau droit commun s'inspirant du droit spécial

299. **Un nouveau droit commun par mimétisme du droit spécial.** Il n'était plus possible de « *laisser au droit spécial ce qui constitue de nos jours l'immense majorité contractuelle* »[389]. Il convenait donc d'adapter le droit commun des contrats en faisant remonter en son sein

[389] BOFFA (R.), « Article 1108 : le contrat d'adhésion », Revue des contrats, 2015, p.736 et s.

certaines figures élaborées et « testées »[390] au sein du droit spécial. Il est intéressant d'analyser les raisons qui ont poussé le droit commun à se réformer (I.) et de noter le mimétisme opéré dans cette perspective avec le droit spécial (II.).

I. Les raisons de la nécessité d'un nouveau droit commun

300. **Les raisons principales.** De nombreuses raisons ont conduit le droit commun des contrats à une réforme. Parmi elles, il est possible de citer la volonté de moderniser le Code civil pour le rendre plus en phase avec les réalités de notre époque[391], aussi bien du point de vue économique que du style de l'écriture des textes. Il s'agissait également d'intégrer les enrichissements mis en place par la jurisprudence. En effet, il était souvent reproché au droit commun d'être devenu un droit pour grande partie prétorien, rendant plus difficile aux citoyens l'accès à la loi à la seule lecture des textes. La vocation intemporelle de notre droit commun finissait par atteindre ses limites et la jurisprudence, bien qu'elle en ait retardé le processus, ne pouvait empêcher totalement de ressentir son vieillissement[392]. Le droit commun devait également se réformer pour reprendre sa place de charnière centrale au sein du droit[393]. Face à la concurrence du droit spécial, certains auteurs estimaient qu'il était « *à bout de souffle* »[394], contenu dans un Code à la « gloire passée »[395]. Il convenait donc de replacer le Code civil au cœur de l'échiquier Européen en adaptant ses textes et renouvelant son rayonnement.

301. **Une raison plus inattendue.** Enfin, les différents projets de réforme et une partie de la doctrine[396] ressentaient la nécessité que le nouveau droit commun prenne davantage en

---

[390] V. supra n°187. Il est fait référence au rôle du droit spécial comme étant le « laboratoire » du droit commun

[391] CHAMPALAUNE (C.), « Réforme du droit des contrats : « revenir à l'esprit du code, en l'adaptant au monde d'aujourd'hui » », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°15, 2015, act. 496

[392] MOLFESSIS (N.), « Droit des contrats : l'heure de la réforme », La Semaine Juridique Edition Générale, n°7, 16 février, 2015, doctr. 199 ; LARNAUDE (F.), « Le Code civil et la nécessité de sa révision », in *Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, 1194 p. v. spec. p. 921 « *ce travail d'adaptation finit par devenir difficile. Un moment arrive, tôt ou tard, où ce procédé (plier le texte aux besoins nouveaux) est impuissant parce que le texte résiste, qu'il est impossible de le plier, même de le tourner, et qu'il faut l'appliquer ou le brise* ».

[393] ROUVIERE (F.), « Qu'est-ce que le droit civil aujourd'hui ? », RTD civ, 2020, p.538

[394] BERENGER (F.), *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécia*l de la consommation : renouvellement ou substitution ? thèse, Aix-Marseille, 2006, n°939, p.665

[395] MOLFESSIS (N.), « Le Code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004. Le code civil. Un passé. Un présent*. *Un avenir,* Dalloz, 2004, p.333

[396] MAZEAUD (D.), « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », Recueil Dalloz, 2014, p.291 ; REVET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », Dalloz,. 2015, p.1217 ; MOLFESSIS (N.), « Droit des contrats : l'heure de la réforme », La Semaine Juridique Edition Générale, n°7, 16 février, 2015, doctr. 199 ; DELPERIER (J.-M.), DURAND-PASQUIER (G.), « L'équilibre du contrat (clauses de prix, clauses abusive…) », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°47, 2015, 1209 ; CHAGNY (M.), « Vent de réforme : du contrat à

considération la protection de la partie faible. C'est ainsi que la réforme du droit des contrats incarne également un renouveau idéologique de ce pan des contrats. Là où le droit de 1804 était interprété par la doctrine comme un droit volontariste, individualiste et libéral[397], reposant sur la liberté contractuelle, le nouveau droit commun y apporterait des infléchissements. Il est tout de même pertinent de s'interroger sur la nécessité de faire remonter cette logique protectrice dans le droit commun si elle est déjà assurée par le droit spécial. En effet, s'il est indéniable que les dispositions protectrices foisonnent au sein des droits spéciaux, elles demeurent disséminées et sans logique d'ensemble. Sophie Le Gac-Pech résumait ainsi cette question : « *Les mesures protectrices ne sauraient demeurer disséminées dans des matières aussi disparates que le droit de la consommation, de la distribution, du crédit, du surendettement et bien d'autres, toujours plus spécialisées, au gré d'une présentation éclatée. À l'heure du bilan des politiques consuméristes, la protection du contractant vulnérable commande l'élaboration d'un ensemble de « remèdes » ordonnés et finalisés* »[398].

L'idée a donc été d'organiser cette protection additionnant à la protection existante et en donnant à l'ensemble une structure cohérente. Le droit des contrats de distribution et sa nécessité de protection ont ainsi inévitablement contribué à l'infléchissement du paradigme libéral animant la philosophie du droit commun. Cela est d'autant plus frappant au regard des mécanismes correcteurs mis en place par la réforme et qui permettent aux juges d'intervenir pour protéger la partie faible.

Il est intéressant d'analyser à quel point un mimétisme s'est opéré entre ces deux droits.

II. L'influence du droit spécial sur le nouveau droit commun

302. **Une imitation réciproque.** Ce qui transparait au travers de la lecture de cette réforme, c'est l'incroyable phénomène d'imitations réciproques qui s'est développé ces dernières années entre droit commun et droit spécial. Parmi les nouveautés apportées par la réforme, il y a notamment les mesures issues de la déformation du droit commun des contrats qui avaient pu inspirer le droit spécial et qui se retrouvent intégrées dans le Code civil. A titre d'exemple seront étudiées l'obligation d'information précontractuelle (A) et l'indivisibilité légale (B).

---

la concurrence et *vice versa* ? », AJCA, 2015, p.145 ; LOISEAU (G.), « La puissance du contractant en droit commun des contrats », AJCA, 2015, p.496

[397] CHAZAL (J.-P.), « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », Dalloz, 2015, p.673

[398] LE GAC-PECH (S.), «Bâtir un droit des contractants vulnérables », RTD civ., 2014, p.581

A) L'influence en matière d'obligation d'information précontractuelle

303. **Une protection précontractuelle d'origine jurisprudentielle**. Le cas de l'obligation d'information précontractuelle est intéressant puisqu'il constitue un bon exemple de l'influence réciproque du général et du spécial en matière de protection.
Dans un premier temps, les rédacteurs du Code civil n'avaient prévu aucune disposition visant à garantir la transmission de l'information lors de la phase précontractuelle. Pour éviter les abus, les juges avaient fini par imposer un devoir d'information aussi bien à l'égard du professionnel[399] que du non-professionnel[400] vis-à-vis de l'acheteur profane. Ensuite, entre professionnels, la Cour a estimé qu'il revenait au juge de vérifier si les compétences de l'acheteur lui permettaient d'avoir un avis éclairé sur les caractéristiques techniques du bien vendu[401].

304. **Une protection complémentaire du droit spécial.** Le législateur emboîtera le pas des juges de la haute Cour par l'intermédiaire de plusieurs droits spéciaux, dont celui à destination des contrats de distribution, pour essayer d'encadrer le devoir d'information mais sans jamais le généraliser. Ainsi l'article L330-3 du Code de commerce est-il entré en vigueur le 31 décembre 1089 avec pour objectif de réglementer cette phase des négociations pour « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité* ». Cette nouvelle réglementation permet d'imposer des informations devant être obligatoirement fournies. Le décret d'application de la loi au sein de l'article R 330-1 du Code de commerce se chargeait de lister ces informations.

305. **La consécration d'une protection précontractuelle généralisée.** L'obligation d'information précontractuelle du nouvel article 1112-1 du Code civil est venue généraliser cette protection en prévoyant que « *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.* » et lui a conféré un caractère d'ordre public.
En l'état, il est difficile de dire si le texte est davantage une consécration de la jurisprudence ou

[399] Cass. Com, 14 novembre 1977, pourvoi n°75.15.185
[400] Cass.Com, 21 juillet 1993, pourvoi n°91-20.639
[401] Cass.Com, 21 novembre 2006, pourvoi n°05-11.002

s'il a vocation, comme la loi Doubin à ses débuts, à élargir à l'avenir le niveau d'information devant être transmis aux justiciables[402].

Une chose est certaine en revanche, les deux droits convergent vers la même nécessité : le besoin de protection de la partie faible dans la phase précontractuelle. Il est possible d'analyser ce même phénomène en matière d'indivisibilité contractuelle.

B) L'influence en matière d'indivisibilité contractuelle

306. **La reconnaissance légale de l'indivisibilité contractuelle.** La réforme du droit des contrats vient intégrer au sein des nouveaux textes du Code civil le principe de l'indivisibilité contractuelle. Le phénomène est similaire à celui d'information précontractuelle puisque ce principe n'était jusqu'alors connu en droit commun qu'au sein de la jurisprudence. L'ordonnance consacre la jurisprudence qui avait admis qu'en présence d'un ensemble contractuel indivisible, la résolution de l'un des contrats pouvait entrainer la caducité de l'autre[403] et ce même en l'absence de toute clause prévoyant cet effet.

Le nouvel article 1186 du Code civil prévoit désormais que « *Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* ».

307. **L'influence du droit spécial sur la généralisation de l'indivisibilité.** Cette définition atteste de ce que l'indivisibilité est devenue la règle. Elle est généralisée puisque, contrairement à l'ancienne jurisprudence, elle ne fait pas directement référence à la seule location financière. Elle ne reproduit donc pas avec exactitude le droit prétorien. Il est en revanche possible de voir à travers ce changement l'influence de la loi Macron du 6 août 2015, qui a introduit en droit spécial l'article L341-1 du Code de commerce aux termes duquel « *L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L.330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte*

[402] L'articulation de ces textes est étudiée par la suite V. infra n°551 et s.

[403] Cass. Chambre mixte, 17 mai 2013, n°11-22768 et 11-22927, D.2013.1658, note MAZEAUD (D.), note MAINGUY (D.), RDC 2013.1331.

d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune ». Là encore, il est intéressant de noter que ce droit spécial, qui généralise l'indivisibilité légale pour des contrats de distribution, résultait lui-même sans doute d'une volonté de pousser plus loin la solution tirée initialement par la jurisprudence de droit commun.

308. **Un droit commun conservant sa singularité.** Ainsi, le droit commun ne s'est-il pas contenté d'opérer une codification de l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation. La réforme a profité de cette consécration légale pour généraliser l'indivisibilité au-delà de la seule location financière en s'inspirant de la loi Macron.

Pour autant, il est possible de tout de suite noter que les deux formes d'indivisibilité ne sont pas totalement identiques. Là où le droit spécial vise « la résiliation », le droit commun utilise l'expression beaucoup plus large de « disparition », qui peut recouper tout à la fois la suppression du contrat, sa nullité ou sa résolution. Ainsi, la chute du contrat peut prendre de multiples formes[404].

Il est intéressant de voir que la réforme ne s'est pas contentée de faire une simple consécration légale de l'ancien droit prétorien. Le droit spécial semble avoir exercé une influence significative sur la construction du nouveau droit commun. Pour autant, le droit commun conserve des spécificités qui justifieront de s'interroger sur la manière dont ces droits vont pouvoir se conjuguer.

Il est en revanche un domaine sur lequel droit commun et droit spécial semblent s'être encore rapprochés davantage : celui des mécanismes de correction des déséquilibres contractuels.

Paragraphe 2 : Un droit commun intégrant des mécanismes de correction des déséquilibres

309. **Des nouveaux mécanismes opérant un changement de paradigme**. Afin de satisfaire à son objectif de protection de la partie faible, le droit commun a multiplié les mécanismes visant à corriger les déséquilibres au sein du contrat. Ce mimétisme est d'autant plus surprenant que, parmi eux, certains proviennent de notions propres au droit spécial des contrats de

[404] CHANTEPIE (G.), « La rupture des contrats d'affaires : la gestion contractuelle de la rupture. AJ contrats d'affaires : concurrence, distribution, Dalloz, 2016, p.130

distribution et permettent au juge d'intervenir directement sur le contrat. Ces mécanismes opèrent un changement de paradigme avec la logique de l'ancien droit commun qui faisait du contrat la chose des parties. Les parties par leurs seules volontés se chargeaient de faire et défaire leurs engagements et le juge ne devait pas s'immiscer dans le contenu du contrat. Ainsi, si certains mécanismes directement tirés du droit spécial des contrats de distribution permettent une meilleure correction des déséquilibres (I.), d'autres poussent à revenir sur des concepts longtemps ancrés dans l'ancien droit commun (II.)

I. Une meilleure correction des déséquilibres au sein du contrat mimant le droit spécial

310. **Consécration légale de deux notions juridiques importantes.** Le droit commun a intégré au sein de ses dispositions deux figures marquantes généralement associées aux contrats de distribution : le contrat d'adhésion (A) et la protection qui en découle, le déséquilibre significatif (B).

A) La figure nouvelle du contrat d'adhésion

311. **L'entrée au sein du Code civil.** La consécration légale du contrat d'adhésion implique qu'un contrat puisse présenter des risques de déséquilibre si une seule partie est l'auteur des stipulations contractuelles. La formule de Fouillée « *Qui dit contractuel dit juste* » ne serait plus absolue puisqu'elle ne correspondrait qu'à une partie seulement des contrats, ceux formés de gré à gré. Ainsi, la réforme se détache de la vision unitaire du contrat « *fondée sur le rôle que joue la volonté dans la détermination du contenu du contrat* »[405] et en bouleverse un peu la philosophie (1). Pour parvenir à bien délimiter la notion et y attacher des conséquences juridiques, il était fondamental de procéder à un travail de définition minutieux (2).

1) Une reconnaissance entrainant un changement de philosophie du droit des contrats

312. **Reconnaissance des contrats non-négociés.** L'introduction du contrat d'adhésion dans le Code civil est sans nul doute l'une des grandes innovations de la réforme du droit des contrats. En effet, le droit des contrats de 1804 était imprégné par la seule vision du contrat négocié.

[405] REVET (T.), « Une philosophie générale ? », in colloque *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* Revue des contrats, n°112y5, 2016, p.5

Selon le dogme de l'autonomie de la volonté, la rencontre des volontés des parties est suffisante pour former le contrat et cette rencontre des intérêts divergents en assure l'équilibre. Il en découle que les individus peuvent déterminer leur propre loi et que c'est par leurs volontés que naît la force contraignante du contrat. La force obligatoire du contrat est une conséquence de la négociation des parties et de l'interdiction faite au juge de venir dénaturer ce qui a été communément voulu.

Or, l'autonomie de la volonté ne convenait pas bien à la figure des contrats d'adhésion. Ces contrats ont d'abord été définis par la doctrine avant d'obtenir enfin une reconnaissance légale[406]. Raymond Saleilles en faisait déjà une catégorie à part : « *il y a de prétendus contrats, qui n'ont de contrat que le nom ; il y a prédominance d'un seul qui dicte sa loi à une collectivité indéterminée qui s'engage par avance unilatéralement, sauf adoption de ceux qui voudraient adopter la loi du contrat* »[407], relevant le déséquilibre inhérent à ce type de contrat.

313. **Le lien entre contrat d'adhésion et contrat de distribution.** La figure du contrat de distribution, très présente dans le paysage des affaires en France à partir du XXème siècle, n'a pas manqué de ramener la question du contrat d'adhésion sur le devant de la scène juridique[408]. Ce type de contrat est marqué par des accords souvent standardisés que la tête de réseau propose de manière uniforme à ses futurs adhérents. Le déséquilibre existant entre les parties au contrat vient favoriser une absence de réelle discussion de ce contrat déjà préétabli[409].

314. **Une dichotomie au sein du droit des contrats.** La réforme du droit des contrats, par son article 1110 du Code civil, donne enfin une assise légale au concept du contrat d'adhésion. Cet article met en place une dichotomie entre, d'une part, le contrat de gré à gré défini comme « *celui dont les stipulations sont négociables entre les parties* » et, d'autre part, le contrat d'adhésion c'est-à-dire « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».*

---

[406] V. supra n°86 et s.

[407] SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand,* Pichon, 1901, n°89

[408] V.supra n°86 et s.

[409] REVET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », Dalloz, 2015, p.1217 « L'importance des contrats structurellement déséquilibrés dans le paysage contractuel contemporain – importance dont tout indique qu'elle ira s'accentuant – rendrait, au demeurant, bien saugrenue une révision du droit commun du contrat qui ne ferait pas toute la place que l'ampleur du phénomène considéré impose de faire, dans le droit commun, à cette catégorie. On peut même estimer, sans forcer le trait, que s'il est une raison d'être première la réforme du droit des contrats, elle réside dans l'intégration, dans le droit commun, de la figure des contrats structurellement déséquilibrés et les règles générales qui lui sont propres ».

Cette définition fait de la phase de négociation le socle de ce qui va constituer, ou non, un contrat d'adhésion. Jusqu'à présent, le droit commun des contrats était indifférent à faire de l'effectivité de la libre négociabilité un critère de définition du contrat[410]. Il suffisait de vérifier l'existence du consentement pour que le contrat soit valablement formé, quand bien même sa rédaction entière n'était écrite que par la main d'une seule des parties.

Reconnaître l'existence du contrat d'adhésion, c'est également reconnaître que l'élaboration unilatérale d'un contrat puisse être la source de profonds déséquilibres entre les parties[411]. Finalement, cela fait écho à l'article L442-1 du Code de commerce, pour lequel le déséquilibre significatif est déclenché si une partie veut « *soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie* ». Si les conditions de mise en œuvre sont différentes, dans les deux cas, il y a une contrainte qui restreint la capacité de l'une des parties.

315. **La reconnaissance d'un besoin de protection accru.** La réception par le droit commun de la notion de contrat d'adhésion bouleverse un peu la philosophie générale du droit des contrats qui, même si elle est toujours forgée par l'accord de volontés[412], rompt avec une ancienne conception unitaire[413]. La dichotomie mise en place, qui pourrait s'expliquer par une différence d'intensité dans la volonté exprimée[414], va permettre un régime applicable différencié entre les deux types de contrats. Il existe donc des contrats qui, en raison de leur conception déséquilibrée, doivent bénéficier d'une protection *a posteriori* particulière. Il est donc important de réussir à bien définir cette nouvelle notion.

---

[410] LARDEUX (G.), « La notion de contrat d'adhésion », in Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun, Presses universitaire *contredit par son cocontractant, ne serait-il pas naturellement conduit à avantager sa condition dans le contrat, et non celle de l'autre part ?* d'Aix-Marseille, 2017, p.16

[411] REVET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », Dalloz, 2015, p.1217 « *L'élaboration unilatérale d'un acte contractuel est, immanquablement, la source de déséquilibres entre les droits et les obligations respectives des parties : comment celui qui tient la plume, en sachant qu'il ne sera p*as contredit ?»

[412] Sur l'évolution du rôle la volonté dans le contrat : REVET (T.), « Une philosophie générale ? », in colloque La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, Revue des contrats, n°112y5, 2016, p.5 « *Le renforcement qu'elle réalise (l'ordonnance) des conditions permettant à la volonté contractuelle d'être efficiente, et qui tiennent à l'effectivité d'une négociation entre les parties, est le fruit d'une perception de la volonté moins abstraite que traditionnellement. Une telle évolution s'inscrit dans un mouvement tendance à faire une part plus grande qu'auparavant, dans la mise en œuvre des mécanismes juridiques, aux données issues des situations concrètes qu'elles régissent* ».

[413] REVET (T.), « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », in colloque *Le contrat d'adhésion*, Revue des contrats, 2019, p.106

[414] Sur une différence d'intensité dans la volonté transmise entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion. CHANTEPIE (G.), « Les consentements de l'adhérent », in colloque *Le contrat d'adhésion*, Revue des contrats, n°02, 2019, p.140 « *L'adhésion pourrait constituer une variété de consentement au contrat, celui donné par l'adhérent, qui se distinguerait du consentement de l'autre partie* ».

2) L'importante définition du cadre du nouveau contrat d'adhésion

316. **La nécessaire définition du contrat d'adhésion.** Selon Aristote, « *la définition est un discours qui exprime la quiddité de la chose* », elle nous en fait ainsi connaître l'essence et la raison d'être[415]. La définition du contrat d'adhésion a été l'objet de beaucoup de débats doctrinaux qui ont entrainé une évolution du texte. Si le parlement a finalement fait évoluer le texte, celui-ci devra encore être éclairé sur certains points (a). Ce travail est indispensable puisque les contrats relevant de la catégorie des contrats d'adhésion bénéficieront d'une protection particulière (b).

a) Les évolutions d'une définition nécessitant des éclaircissements

317. **Une définition objet de nombreuses discussions.** La notion de contrat d'adhésion est certainement celle qui a suscité le plus de discussions lors de l'élaboration de la loi de ratification[416]. Cela en raison de la nature même du contrat d'adhésion qui a toujours été jugé comme un concept abstrait[417], mais aussi en raison de l'importance symbolique qu'a pris son introduction dans le Code civil.

La loi de ratification a été le théâtre de deux visions opposées du contrat d'adhésion par les assemblées. Le Sénat souhaitait une définition large quand l'Assemblée nationale au contraire visait une définition plus restreinte autour des contrats de masse. Finalement, après quelques ajustements sous la forme de compromis accordés à l'Assemblée nationale, c'est la vision du Sénat qui l'emporta. Ainsi le contrat d'adhésion n'est plus « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* », mais « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminée par l'une des parties* ». Ce changement de définition est un acquis important pour les contrats de distribution puisqu'il ne limite plus les contrats d'adhésion aux seuls contrats de masse[418].

---

[415] Aristote, *Organon V. Les topiques*, Traduction nouvelle et notes pas TRICOT (J.), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1997, p.10

[416] ANDREU (L.), « Le nouveau contrat d'adhésion », AJ contrats, 2018, p.262 ; ANDREU (L.), « Contrat d'adhésion et clauses déséquilibrantes », SNH, 2018, n°15, p.18 ; CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture lecture du Sénat », Dalloz, 2018, Chron p.309 ; MEKKI (M.) « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », Dalloz, 2018, Chron p.900 ; REVET (T.), « L'incohérent cantonnement, par l'assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », Dalloz, 2018, Chron, p.214

[417] LARDEUX (G.), « La notion de contrat d'adhésion », in colloque *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du novueau droit commun,* Presses universitaire d'Aix-Marseille, 2017, p.16

[418] MEKKI (M.), « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! », in colloque *Le contrat d'adhésion*, Revue des contrats, n°02, 2019, p.112

318. **L'absence d'automaticité du lien entre contrat d'adhésion et contrats de distribution.** Au-delà de cela, cette nouvelle définition devra sans doute être éclaircie par les juges puisqu'elle n'est pas encore d'une parfaite limpidité.

La qualification de contrat d'adhésion pour les contrats de distribution n'ira pas systématiquement de soi, même si, dans l'hypothèse du réseau de franchise ou de concession, dans lequel « *l'ensemble des franchisés sont soumis à un même régime contractuel pour son organisation et son articulation générale* » [419], cela implique généralement de la part du franchiseur une identité de contrats qu'il fait signer à ses franchisés. Cette standardisation facilitera sans doute la preuve pour le franchisé. Il pourra démontrer qu'il a accepté en bloc des clauses standardisées et déterminées par avance par le franchiseur, pour reprendre l'exemple de Thierry Revet. Cela est particulièrement vrai en matière de franchise qui impose l'application de méthode commerciale uniforme sous une enseigne commune. L'homogénéité du réseau implique une identité des contrats et supposerait donc une absence de négociation effective qui ne peut être reprochée à la tête de réseau tant que les atteintes restent proportionnées[420]. Cette idée est d'ailleurs contenue dans l'arrêt Pronuptia rendue par la CJCE « *le franchise doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne. Il en résulte que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à cette fin ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence* » [421].

La définition du contrat d'adhésion est importante en raison des effets qui sont attachées à sa qualification. L'adhérent à ce contrat bénéficiera d'une protection particulière puisque l'unilatéralisme laisse présupposer de potentiels déséquilibres.

b) Les effets attachés à la détermination du contrat d'adhésion

319. **Les effets du contrat d'adhésion.** La qualification du contrat d'adhésion va avoir des répercussions par l'intermédiaire de deux textes. Le premier, qui est sans doute l'un des plus importants et l'un des plus symboliques de la philosophie de rectification des déséquilibres insufflée par la réforme, est l'article 1171 du Code civil. Ce texte répute non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Nous ne rentrerons

[419] REVET (T.), « Les critères du contrat d'adhésion », Dalloz, 2016, p.1771

[420] FERRIER (N.) « Le déséquilibre significatif en franchise… et au-delà (Panorama des réseaux) in colloque *Le déséquilibre significatif en droit de la franchise : quelle importance ?,* Organisé par la Cour de cassation, l'ENM et le CRDP de L'université de Lille, 2023

[421] CJCE 28/01/1986, Pronuptia : 161/84, pt 13

pas davantage dans les détails sur ce point puisque son étude sera réalisée dans les mécanismes de correction des déséquilibres[422].

Le second texte est l'article 1190 du Code civil, qui prévoit une règle interprétative pour les juges : « *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* ».

L'intitulé du texte vise « *le contrat d'adhésion* » et non pas simplement les clauses non négociables, ce qui peut laisser penser que c'est bien l'intégralité du contrat qui s'interprète contre celui qui propose le contrat[423]. De plus, l'article 1189 du Code civil énonce dans ce sens que « *toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte en entier* », laissant supposer qu'il ne serait pas possible d'interpréter de façon défavorable certaines clauses en faisant abstraction du reste du contrat[424].

Le terme « *contre* » est également un terme fort, puisque l'article conseille aux juges une prise de position immédiate. Dans un contrat d'adhésion, à la différence du contrat de gré à gré, il ne s'agirait plus de rechercher la commune intention des parties.

La seule limite de cette interprétation serait fixée par l'article 1192 du Code civil, qui interdit d'« *interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* ». Il s'agira ainsi pour le juge de pouvoir interpréter en la défaveur du proposant seulement les clauses obscures et mal rédigées.

320. **Une interprétation similaire à la protection consumériste.** Il ressort de l'idée de ce texte, que puisque l'adhérent au contrat d'adhésion n'a pas pu négocier son contrat soit partiellement soit totalement, il mérite une protection renforcée sur la totalité du contrat[425]. Une analogie sur le principe de rectification du déséquilibre peut être faite avec l'article L211-1 du Code de la consommation, qui prévoit que « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigée de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au*

[422] V.infra n°505 et s.

[423] ANDREU (L.), « Le nouveau contrat d'adhésion », AJ contrats, 2018, p.262 ; Pour une vision contraire : ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), « L'interprétation du contrat d'adhésion », Revue des contrats, n°02, 2019, p.146

[424] BLANC (N.), « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », in *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, Revue des contrats, 2018, p.20

[425] REVET (T.), « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », in colloque *Le contrat d'adhésion*, Revue des contrats, 2019, p.106 « *Interpréter le contrat contre celui qui l'a rédigé ne constitue pas véritablement un exercice d'interprétation mais bien plutôt un exercice de correction du contrat* ».

consommateur […] ». En effet, la raison d'être de cet article est l'asymétrie qui est présupposée exister entre le professionnel et le consommateur[426].

321. **La renaissance du solidarisme contractuel ?** La reconnaissance du contrat d'adhésion fait inévitablement penser à une résurgence du solidarisme contractuel. Les partisans de ce courant ne peuvent que se réjouir de voir en droit des contrats la reconnaissance d'un type de contrat dont l'absence de négociation est considérée comme le marqueur d'un déséquilibre qu'il faut compenser et encadrer. Si à la lecture du Code civil, seulement trois articles font directement référence au contrat d'adhésion, c'est l'utilisation qu'en feront les juges qui définira la portée définitive de cette évolution. Les évolutions futures de la notion seront riches d'enseignement sur la portée de ce que certains auteurs voient comme une véritable révolution du paysage juridique français[427]. Le traitement de ce texte sera un indicateur sur le changement ou non de la philosophie du droit commun des contrats.

B) L'intégration de la notion de déséquilibre significatif en droit commun des contrats

322. **Une notion inspirée du droit spécial.** Déjà proposée au sein des deux avant-projets doctrinaux de réforme du droit des contrats Catala et Terré, la protection contre les clauses abusives a fait une entrée remarquée au sein du Code civil. A l'instar de la révision pour imprévision, elle fait partie des mesures emblématiques de la réforme[428] et participe d'une philosophie de protection de la partie faible par la correction des déséquilibres au sein du contrat.

L'usage de la notion de déséquilibre significatif est directement tiré du droit spécial et son intégration au sein du droit commun est d'autant plus surprenante qu'elle avait été très critiquée

[426] CHANTEPIE (G.), « Les consentements de l'adhérent », in colloque *Le contrat d'adhésion*, Revue des contrats, n°02, 2019, p.140 ;ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), « L'interprétation du contrat d'adhésion », in colloque *Le contrat d'adhésion*, Revue des contrats, n°02, 2019, p.146

[427] REVET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », Dalloz, 2015, p.1217 « « *Si elle était conduite à terme sans réduction, restriction ou édulcoration, l'intégration, dans le droit commun, d'éléments d'un régime général des contrats structurellement déséquilibrés ne pourrait qu'ouvrir une nouvelle page du droit français* ».

[428] MOUIAL BASSILANA (E.), « Abus de dépendance et clauses abusives », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 1re éd, 2017, p.60 « *C'était en outre une commande du législateur aux rédacteurs de l'ordonnance. Le texte fait donc partie du « noyau dur » de la réforme en ce qu'il participe à la fois de la protection de la partie faible, de la justice et de l'équilibre contractuel* ».

à l'époque de son insertion en droit de la consommation[429].

Cette mesure a déclenché une levée de boucliers de la part de la doctrine[430], qui a vu dans son caractère très général une atteinte aux valeurs de liberté, de sécurité et de force obligatoire du contrat[431]. Si les contours de la notion au sein du droit commun devront être définis (1), il est déjà clair à la lecture des textes que les sanctions diffèrent entre droit commun et droit spécial (2).

1) Une notion autonome à définir

323. **Plan.** La notion du déséquilibre significatif est une notion nouvelle en droit commun qui est directement tirée du droit spécial (a) et qu'il conviendra de définir (b).

a) La singularité d'une notion tirée du droit spécial des contrats

324. **La singularité du déséquilibre significatif de droit commun.** L'article 1171 du Code civil tire la notion de déséquilibre significatif directement du droit de la consommation et du Code de commerce[432].

Pour autant, il présente des singularités. L'article 1171 du Code civil ne se contente pas d'être un doublon et se détache sur plusieurs points des articles dont il s'inspire. Il est donc intéressant de relever ces différences puisqu'elles justifieront sans doute à l'avenir l'intérêt pour les parties de se fonder plutôt sur le terrain du droit commun que celui du droit spécial.

325. **Un champ d'application large.** Ainsi, contrairement au Code de la consommation qui vise à ne protéger que les consommateur ou l'ancien article L442-6,I, 2° du Code de commerce

[429] PIZZIO (J.-P), « Le droit de la consommation à l'aube du XXIème siècle. Bilan et perspective », in *Etudes de droit de la consommation* CALAIS-AULOY (J.), Dalloz,2003 p.877 « *Le droit de la consommation a été un droit critiqué puis copié* ».

[430] BOFFA (R.), « Article 1108 : Le contrat d'adhésion », Revue des Contrats, 2015, p.736 ; STOFFEL-MUNCK (P.), « Les clauses abusives : en attendant Grouchy », Droit et patrimoine, 2014, n°240, p.56

[431] STOFFEL-MUNCK (P.) « Réforme du droit des contrats : apports et incertitudes », Justice et cassation, 2017, p.264 l'auteur va jusqu'à parler « *d'un vent révolutionnaire* » qui souffle sur le droit commun des contrats et qui risque de provoquer « *un sentiment d'insécurité juridique si net qu'il sera clairement adverse à l'attractivité du droit française pour les opérateurs du commerce international ».* ; VOGEL (J.) « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? », AJ contrat, 2017, p.470 « *Notre droit compte désormais trois régime des clauses abusives qui peuvent le cas échéant se cumuler […]. Cet empilement constitue un très mauvais signal adressé au monde économique. La généralisation de la qualification abusive nuit à la prévisibilité juridique nécessaire à la vie des affaires* ».

[432] V. supra n°227 et s.

qui limite l'application de sa disposition aux relations entre « *un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* »[433], l'article 1171 du Code civil ne prévoit aucune restriction *ratione personae*.

La seule limite qu'il fixe à son application réside dans le fait qu'il ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion. Cela ramène à la difficulté de définir précisément quels contrats rejoignent la catégorie des contrats d'adhésion, comme cela a pu être évoqué plus tôt dans cette étude[434]. Le contrat de distribution a déjà été qualifié de contrat d'adhésion dans des décisions de justice, il n'y a donc aucun doute que ces contrats pourront se voir appliquer tant le déséquilibre significatif du droit commun que celui du droit spécial[435].

326. **L'interdiction de contrôle du prix.** L'autre différence notable entre le déséquilibre significatif de droit commun et celui du Code de commerce réside dans le rappel au sein de l'alinéa 2 de l'article 1171 énonçant « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». En appuyant sur ce point, le Code civil insiste sur le refus de l'admission de la rescision pour lésion, à l'instar de ce que prévoit le Code de la consommation en refusant d'apprécier le caractère abusif des clauses « *sur l'adéquation du prix ou de la rémunération du bien vendu ou au service offert* ». A l'inverse, l'ancien article L442-6,I, 2° a été interprété dans le but de résoudre les abus financiers entre fournisseur et grands distributeurs et semble tendre vers la possibilité d'un véritable contrôle du prix dans le contrat[436].

b) Une notion à définir

327. **Une définition absente.** Au sein d'un contrat d'adhésion, l'article 1171 du Code civil permet au juge de pouvoir remettre en cause toute clause qui crée un déséquilibre significatif. Le législateur a donné une définition de la nouvelle notion de contrat d'adhésion, mais il ne s'est pas donné cette peine pour le déséquilibre significatif. Quels critères permettront de déterminer un déséquilibre significatif ? Le législateur s'est sans doute conforté dans la parenté qui existe avec la notion de droit spécial en imaginant qu'il suffirait aux juges de reprendre les

[433] Depuis la réforme de cet article devenu l'article L442-1 du Code de commerce, celui-ci a plus largement étendu les catégories de personne en désignant désormais « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services ».*

[434] V. supra n°86

[435] Cass.com, 3 mars 2015, n°14-10907 « *Provera* » un contrat d'enseigne de grande distribution a été considéré par la Cour de cassation comme étant un contrat d'adhésion

[436] V. supra n°240

critères déjà dégagés par les juges en droit spécial[437].

Ainsi, certaines questions déjà posées en droit spécial vont également se poser pour l'article 1171 du Code civil. Notamment, quels seront les critères du déséquilibre significatif ? Ou encore, du point de vue de la méthode de l'appréciation du déséquilibre, faudra-t-il faire une appréciation globale du contrat ou une appréciation clause par clause, afin de vérifier si un déséquilibre présent au sein d'une clause ne trouve pas sa raison ailleurs dans le contrat ?

328. **Une définition à rapprocher du droit spécial.** De nombreux auteurs pensent qu'il conviendra de se fonder sur les solutions jurisprudentielles déjà dégagées en droit spécial[438]. Mais alors, faudra-t-il plutôt se fonder sur le droit la consommation ou sur le droit de la concurrence ? Là encore, l'ordonnance de 2016 semble s'être davantage inspirée de la notion de déséquilibre significatif issue du droit de la consommation plutôt que celle du droit de la concurrence. Cette parenté justifierait donc de regarder plutôt du côté du Code de la consommation[439].

329. **Les incertitudes entourant le rapprochement des notions.** Il faudra tout de même se méfier des « *faux-amis* », puisqu'il n'est pas impossible que le déséquilibre significatif de droit commun trace finalement sa propre voie. En effet, même s'il se rapproche dans sa construction et ses sanctions du texte consumériste, les problématiques des rapports des parties ne seront pas les mêmes que ceux qui opposent un consommateur et un professionnel[440]. Pour cette même raison d'ailleurs, le déséquilibre significatif du Code de commerce s'était éloigné de celui du Code de la consommation. Cela sera d'ailleurs rappelé postérieurement à la réforme du droit des contrats, dans un arrêt Galec qui précisait que « *la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L132-1, devenu L212-1, du code de la consommation et L442-6,I,2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011 ; n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime*

[437] STOFFEL-MUNCK (P.) « Réforme du droit des contrats : apports et incertitudes », Justice et cassation, 2017, p.264

[438] CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd, Dalloz, 2018, p.396 ; Pour une vision contraire : SIRINELLI (P.), « L'équilibre dans le contenu du contrat », Dalloz, IP/IT, 2016, p.240

[439] BEHAR TOUCHAIS (M.), « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », LexisNexis, La semaine juridique – Edition générale, n°14, 2016, p.664 « *Quels seront les critères du déséquilibre significatif ? Il est probable que ce seront les mêmes que ceux du droit de la consommation : pouvoir unilatéral d'un contractant, avantage non réciproque, transfert injustifié de charges, faire croire à ce qui n'est pas » ;* LEQUETTE(Y.), TERRE(F.), SIMLER(Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* Dalloz, 12e éd, Prècis, 2018, p.546

[440] FENOUILLET (D.), « Le juge et les clauses abusives », Revue des contrats, n°02, 2016, p.358

tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégories des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi l'article L442-6,I,2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'un inadéquation du prix au bien vendu »[441].

330. **Des critiques pas toujours fondées**. Enfin, concernant les craintes soulevées par certains auteurs de la doctrine quant à l'atteinte à la sécurité juridique permise par le flou du texte, il sera bon de rappeler que si la notion existe déjà en droit spécial, il est difficile de concevoir qu'elle ne puisse pas être intégrée au droit commun. De plus, le droit commun pose plusieurs garde-fous pour venir limiter le pouvoir du juge. En effet, il limite son intervention aux contrats d'adhésion, sur des clauses non négociées qui ne doivent porter ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation[442].

2) Les sanctions de droit commun des contrats du déséquilibre significatif

331. **Des disparités du point de vue des sanctions.** L'article 1171 du Code civil a prévu pour sanction de réputer la clause litigieuse comme non écrite. Par cette sanction, le législateur a voulu permettre la survie du contrat en le débarrassant seulement du point en litige. Il se rapproche ainsi de l'article L132-1 du Code de la consommation[443] qui prévoit la même sanction.

L'article L442-6, I, 2° pour sa part ne s'appuie pas sur la même logique et se place sur le terrain de la responsabilité civile en prévoyant une possible nullité de la clause.

Il y a un vrai enjeu sur cette différence des sanctions entre droit commun et droit spécial puisque le fait de réputer non écrit une clause permet de préserver la continuité des relations contractuelles et de limiter son impact économique. A l'inverse la nullité fait tomber l'entièreté du contrat.

332. **Des conséquences en matière de prescription.** Cette différence va avoir des

[441] 'arrêt du 25 janvier 2017, n°15-23547 dit « Galec »
[442] MAZEAUD (D.), « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », Dalloz, 2018, p.912
[443] Devenu article L212-1 depuis l'ordonnance n°2016-121 du 10 février 2016

conséquences en matière de prescription. En effet, de nombreux auteurs soutiennent que l'action pour ce qui est réputé non écrit serait imprescriptible[444]. A l'inverse, l'action en nullité se prescrit au bout d'une durée de cinq années. Les justiciables auraient ainsi intérêt à rechercher le déséquilibre significatif sur le terrain du droit commun des contrats, si jamais la prescription quinquennale est acquise au moment où ils souhaitent engager leur action en justice[445].

333. **Des conséquences en matière de stratégie procédurale.** Il pourra également y avoir un enjeu processuel dans la stratégie de l'invocation des différents articles. En effet, le Code de commerce impose le recours à des juridictions spécialisées. Ainsi, certaines parties pourront préférer invoquer l'article 1171 du Code civil afin de saisir un juge de droit commun[446].
Pour autant, sur le plan procédural, l'article 1171 du Code civil présente un point faible puisque l'action est individuelle. Le grand intérêt des actions spéciales provient du fait que le ministre de l'Économie ou les associations de consommateurs ont qualité pour agir en dehors des parties[447]. Une action individuelle risque de constituer un véritable frein dans certains domaines, notamment dans celui des contrats de distribution. En effet, ces contrats sont établis *intuitu personae* avec une notion de partenariat et de confiance. Il est difficile d'imaginer de ne pas briser ce lien et de pouvoir continuer d'envisager une poursuite de la collaboration au long terme lorsque l'une des parties a attaqué en justice pour faire supprimer une clause du contrat.

334. **La volonté d'éviter les contrats non-négociés.** Finalement, demeure en suspens la question de la finalité du déséquilibre significatif de droit commun. L'expansion dans notre droit de cette notion tend à en changer sa philosophie.
Le contrat d'adhésion qui y est rattaché appuie sur l'importance accordée à la négociabilité du contrat. Désormais, particulièrement au sein des contrats de distribution, il sera important pour ses acteurs de démontrer une négociation effective et réelle[448]. Le développement de ces

[444] KULLMAN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », Dalloz, 1993, Chron, p.59 ; POSER (A.), « De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite », Dalloz, 2014, p.2119 ;GAUDEMET (S.), « La clause réputée non écrite », RTD civ, 2008, p.189 ; BARBIER (H.), « L'action en réputé non écrit est-elle imprescriptible ? » RTD civ. 2019, p.334

[445] HONTEBEYRIE (A.), « 1171 contre L442-6,I,2° : la prescription dans la balance », Dalloz, 2016, p.2180 ; REYGROBELLET (A.), « La déséquilibre significatif » in dossier Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Bulletin Joly, Sociétés, n°09, 2016, p.534

[446] Cette possibilité de pouvoir s'appuyer à la fois sur l'article 1171 du Code civil et l'article L.441-2 du Code de commerce a par la suite été exclue par la Cour de cassation. V. infra n°504 et s.

[447] CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd, Dalloz, p.396

[448] VOINOT (D.), « La négociation des contrats de distribution », AJCA, 2016, p.316 L'auteur propose trois pistes de réflexion qui permettraient de démontrer l'effectivité d'une négociation : 1) Éviter l'utilisation de CGA, 2)

nouveaux mécanismes juridiques semble vouloir contrer l'évolution moderne de la standardisation des contrats. Un contrat standardisé démontre une absence de discussion et laisse présumer une unilatéralité qui est un facteur de risque de déséquilibre.

II.Une correction des déséquilibres à rebours de l'ancien droit commun

335. **Des changements surprenants de l'ancien droit commun.** Certains mécanismes de correction des déséquilibres mis en place par la réforme de 2016 ont parfois pu surprendre dans la mesure où ils opèrent de véritables changements à propos de notions considérées comme des fondations du droit commun. Ainsi le législateur a-t-il admis la révision pour imprévision, alors même que la jurisprudence avait toujours mis un point d'honneur à faire respecter l'intangibilité du contrat (A). La réforme est également venue compléter les vices du consentement en ajoutant un type inédit de violence : la violence économique (B).

A) L'admission de la révision pour imprévision

336. **L'influence du droit spécial dans l'admission de la révision pour imprévision.** L'ancien article 1134 incarnait l'intangibilité du contrat, principe fortement ancré dans notre droit selon lequel le contrat ne peut être modifié, ni révisé en dehors d'un commun accord des parties. En application de ce principe, les juges ont toujours refusé avec obstination de reconnaître la révision pour imprévision. Le droit spécial de la distribution a pourtant commencé à se doter de textes visant à contourner cette rigidité. En acceptant de reconnaitre la révision pour imprévision à la suite de la réforme, le droit commun des contrats marque un tourant avec son ancienne conception et se rapproche du droit spécial (1), bien que les deux droits conservent des divergences dans la manière d'envisager la révision du contrat (2).

1) L'influence du droit spécial dans l'admission du revirement de la révision pour imprévision

337. **Le refus des juges dans l'admission de la révision pour imprévision**. Innovation

éviter d'introduire dans la convention unique une même clause de manière systématique chez tous ses partenaires. En particulier si elle porte en elle une obligation déséquilibrée, 3) Mettre en place des codes de bonnes pratiques permettant de démontrer que les négociations se sont réalisées dans des conditions transparentes et formelles, en laissant aux parties un temps nécessaire de réflexion.

phare de la réforme du droit des contrats, la prise en compte de l'imprévision vient mettre un terme à l'incontournable jurisprudence *Canal de Craponne*, véritable incarnation des principes de l'intangibilité et de la force obligatoire du contrat[449].

Cette reconnaissance peut être vue comme le marqueur du virage « interventionniste », pris par la réforme s'éloignant de l'esprit du Code civil de 1804. En effet, cet arrêt portait en lui une philosophie qui était au cœur des anciens textes, celle d'une méfiance vis-à-vis des juges et d'une volonté de faire du contrat la chose des parties[450]. Ainsi, le juge ne pouvait prétendre à pénétrer le lien contractuel qui unissait les parties, quand bien même le temps et les circonstances avaient pu rendre l'évolution du contrat imprévisible. Les gages de stabilité et de sécurité contractuelle devaient primer sur la justice et équité[451].

Les juges ont fait preuve d'une incroyable constance dans l'application de cet arrêt et la Cour de cassation est restée presque totalement hermétique à la notion d'imprévision[452].

338. **La croyance d'une remise en cause de l'imprévision sur le fondement la bonne foi.**

Deux arrêts, Huard et Chevassus-Marche[453], ont pu laisser penser à une incartade des juges de Cassation en matière d'imprévision, en venant imposer aux parties une obligation de renégociation. Si le courant solidariste y a vu un renversement de l'arrêt Canal de Craponne, une partie de la doctrine a soulevé la particularité de ces décisions, qui étaient intervenues dans le cadre spécifique des contrats de distribution.

Quelles raisons pouvaient justifier ce traitement particulier ? Pour certains auteurs, cela viendrait de la nature toute particulière des contrats de distribution, qui en tant que « contrat-coopération » lient le destin des deux parties qui gagnent et perdent ensemble[454].

Cela démontre sans doute, l'intérêt particulier que présente la révision pour imprévision dans les contrats de distribution. En effet, ce type de contrat est marqué par une relation d'affaires qui va s'étaler sur plusieurs années durant laquelle de nombreux événements qui étaient imprévisibles au moment de la signature peuvent survenir postérieurement.

---

[449] V.supra n°69 et s.

[450] REVET (T.), « Le juge et la révision du contrat », Revue des contrats-n°02, 2016, p.373

[451] LEQUETTE (Y.), TERRE (F.), CAPITANT (H.), CHENEDE (F.), *Grands arrêts de la jurisprudence civile T2, Les Obligations, contrats spéciaux sûretés,* Dalloz,13° éd., p.178

[452] CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd, Dalloz, p.468-469

[453] V. supra n°140 et s.

[454] LEQUETTE(Y.), TERRE(F.), SIMLER(Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* Dalloz, 12e éd, Précis, 2018, p.710

339. **Un texte s'inscrivant dans la continuité du droit spécial...** Si la révision pour imprévision n'était pas admise au sein du droit commun des contrats, il était possible de trouver des prémisses de ce revirement dans les textes de droit spécial. En effet, comme cela a déjà été exposé précédemment[455], la loi Hamon a inséré l'article L441-8 du Code de commerce qui impose de prévoir une clause organisant la renégociation du contrat, en matière de produits agricoles et alimentaires, en cas de fluctuation des prix à la baisse ou à la hausse. L'admission de la révision pour imprévision a donc peut-être été influencée par un besoin de renégociation de plus en plus marqué au sein des contrats de distribution. Le nouvel article 1195 du Code civil prévoit désormais que « *si un changement imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ».
Cet article consacre ainsi la révision pour imprévision, à un moment où l'on n'y croyait plus vraiment. Désormais, la loi vient combler le silence du contrat si aucune clause de *hardship* n'a été prévue par les parties.

340. **…mais présentant des différences.** Le premier constat est que l'article 1195 du Code civil est bien différent de la disposition de droit spécial. En effet, il existe une différence dans le champ d'action des deux articles. Le premier ne concerne que les contrats portant sur la vente de produits agricoles et alimentaires dont la durée est supérieure à trois mois, alors que la révision pour imprévision peut s'appliquer largement à tout type de contrat. Il est également possible d'imaginer que l'article 1195 du Code civil puisse prendre le relais lorsque l'obligation de droit spécial imposant de stipuler une clause de renégociation n'aura pas été respectée.
Surtout, du point de vue de la mise en œuvre de la révision du contrat, les différences risquent d'être les plus marquées encore.

2) Des différences dans la mise en œuvre de la révision pour imprévision

341. **Qui du juge ou des parties doit opérer la révision du contrat ?** Si l'article 1195 du Code civil et l'article L441-8 du Code de commerce portent tous deux l'idée de la nécessité de renégocier le contrat, ils se distinguent en revanche sur la manière d'opérer ces modifications. La distribution des rôles lors de la renégociation du contrat fait écho aux propos tenus par le

[455] V. supra n°251 et s.

professeur Yves Lequette, pour qui « *la vraie question est, en effet, non de savoir si le contrat est intangible, ce que plus personne ne soutient, mais si sa révision doit être l'œuvre du juge ou celle des parties, selon des modalités prédéfinies* ». Il s'agit désormais de savoir si le sort du contrat doit revenir de préférence entre les mains des parties, ce que le droit spécial retenait (a) ou entre les mains des juges, ce que seul le droit commun propose (b).

a) Le sort du contrat entre les mains des parties

342. **Une vision partage : une volonté de pousser les parties à la renégociation.** Si la triple condition prévue à l'article 1195 du Code civil est remplie, il n'est pas directement possible pour la partie qui s'estime victime de demander la révision judiciaire du contrat. Elle devra tout d'abord proposer une renégociation amiable et sera tenue de poursuivre l'exécution du contrat. Cet encouragement à la renégociation et cette interdiction de stopper l'exécution attestent de ce que la loi a pour volonté première de favoriser la survie du contrat.
Ainsi, confier dans un premier temps la renégociation entre les mains des parties est une logique partagée par le droit spécial des contrats de distribution. L'article L 441-8 du Code de Commerce laisse d'ailleurs même les parties déterminer librement les conditions de déclenchement de la clause. Si le seuil fixé est atteint et que les conditions sont réunies, alors le contrat doit être renégocié. Il ne s'agit donc pas d'une clause de révision automatique du prix.

343. **Le caractère non-obligatoire de la renégociation.** Lors de l'élaboration de l'article 1195 du Code civil, la question s'est posée de savoir si la renégociation devait être obligatoire. En effet, la possibilité de renégocier est ouverte à tout moment pour les parties. Si elles ne le font pas naturellement, il aurait pu être intéressant à les forcer à se mettre autour de la table des négociations[456].
Finalement la solution n'a pas été retenue car elle risquait de générer du contentieux quant à l'appréciation de la bonne ou mauvaise exécution de cette obligation[457].
En droit spécial, il semble que la solution inverse soit retenue. Selon l'article L. 441-8 du Code de commerce, les parties doivent avoir prévu les conditions et les seuils de déclenchement de la clause de renégociation qui doit figurer dans le contrat. Il est a noté que cette obligation de renégocier n'est pas automatique et il faudra que l'une des parties l'invoque et prouve que les

[456] En faveur de cette solution GIJSBERS (V.C.), « La révision du prix », RDC 2017, p.546
[457] ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), Aux sources de la réforme du droit des contrats, Dalloz, 2017, p. 178

conditions de déclenchement sont réunies. En revanche, cette obligation reposant sur la bonne foi, une partie qui refuserait injustement de renégocier pourrait engager sa responsabilité contractuelle.

344. **Les parties, acteurs privilégiés de la révision du contrat**. Il ressort clairement du texte de droit commun que l'intervention du juge ne doit se faire que lorsque les parties n'arrivent plus à s'entendre. Le juge n'est pas considéré « *comme une solution naturelle* » et le contrat doit rester en priorité la chose des parties. L'idée demeure qu'elles sont celles qui connaissent le mieux les tenants et aboutissants des enjeux économiques liés à leur contrat[458]. Cette logique est en quelque sorte partagée par le droit spécial, puisque conformément à l'article L631-28 du Code rural et de la pêche maritime, il ne prévoit la possibilité de saisir le juge qu' « en cas d'échec de la médiation portant sur un litige mentionné au cinquième alinéa de l'article L. 441-8 du Code de commerce ». Ainsi, pour pouvoir saisir le juge, les parties devront prouver qu'elles ont dans un premier temps essayé de s'entendre.

Sur le fondement du droit commun, si les parties n'arrivent pas à s'entendre, elles pourront soient convenir de la résolution du contrat, soit demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation.

Là encore, ces solutions viennent insister sur le fait qu'avant tout, la solution à l'imprévision doit venir des parties elles-mêmes. Pour autant, la loi ne fait ici que rappeler ce que les contractants pouvaient déjà faire spontanément. En effet, à partir du moment où elles s'entendent, rien n'empêche les parties par leur *mutuus dissensus* de résoudre ou d'adapter leur contrat. Cependant, cet accord semble être un préliminaire indispensable au recours au juge[459].

345. **Un point scission important.** Droit commun et droit spécial partagent ainsi une vision commune : la renégociation du contrat doit rester entre les mains des parties. Cependant, une scission s'opère entre les textes dans le recours au juge. En effet, même s'il ne l'envisage que comme un « ultime » recours, l'article 1195 du Code civil apporte une innovation importante en droit des contrats, puisqu'il permet au juge d'intervenir en révisant ou en mettant fin au

[458] STOFFEL-MUNCK (P.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrats », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?,* Revue des contrats, 2016, p.30 « *Cette subsidiarité de l'intervention du juge est assez unanimement approuvée. Ce consensus est intéressant en ce qu'il souligne combien la réécriture du contrat par le juge n'est pas considérée comme une solution naturelle. Mieux vaut effectivement privilégier un ajustement du contrat par ceux qui sont au plus proche de la réalité* ».

[459] LEQUETTE(Y.), TERRE(F.), SIMLER(Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil les obligations,* Dalloz, 12e éd, Prècis, 2018, p.720 ; DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p.413

contrat à la demande d'une seule des parties. L'article fait ainsi un mélange de l'héritage laissé par les anciens projets Catala et Terré[460].

b) Le sort du contrat entre les mains du juge

346. **Le juge acteur peu naturel de la révision du contrat.** Le juge « *à défaut d'accord dans un délai raisonnable* », peut soit réviser le contrat soit y mettre fin. Cette possibilité accordée au juge de pouvoir intervenir dans le contrat a été largement discutée. Le mécanisme de révision reconnu au juge va à l'encontre total de la jurisprudence Canal de Craponne.
L'idée sous-jacente de cette jurisprudence était que le refus systématique de toute reconnaissance de révision pour imprévision incitait fortement les parties à prendre leur contrat en main pour organiser son avenir via des clauses de hardship[461]. Il était en effet considéré que le juge n'était pas, d'un point de vue technique, le mieux placé pour prendre une décision sur le plan économique[462].

347. **Un juge gardien des révisions nécessaires.** Cependant, cette vision était critiquable, particulièrement en ce qui concerne les contrats de distribution. Dans les contrats dans lesquels subsiste une inégalité, il est évident que la partie faible aura bien souvent du mal à faire insérer une clause qui est défavorable à son cocontractant, telle qu'une clause de hardship[463]. La

[460] L'avant-projet Catala n'accordait aucun pouvoir de révision au juge et précisait dans son article 1135-1 que les parties disposaient simplement de la faculté de résilier le contrat. A l'inverse, le Projet Terré autorisait le juge à adapter le contrat. Ainsi en permettant au juge de réviser le contrat seulement après être passé par le filtre de l'échec des négociations la réforme semble avoir essayé d'aboutir à un compromis entre les deux solutions.

[461] LEQUETTE (Y.), TERRE (F.), CAPITANT (H.), CHENEDE (F.), *Grands arrêts de la jurisprudence civile T2, Les Obligations, contrats spéciaux sûretés, Dalloz,13° éd., p.180* « *Plus d'un siècle de refus de la révision judiciaire pour imprévision ont ancré en France certaines pratiques qui ne sont pas sans mérite. Et de fait, personne n'ignore aujourd'hui en France qu'il revient aux contractants eux-mêmes de parer aux conséquences désastreuses de l'instabilité économique, monétaire, politique, sociale au moyen de clauses conventionnelles d'adaptation* ».

[462] LEQUETTE (Y.), TERRE (F.), CAPITANT (H.), CHENEDE (F.), *Grands arrêts de la jurisprudence civile T2, Les Obligations, contrats spéciaux sûretés,* Dalloz,13° éd., p.178 « *Le juge est mal placé pour apprécier si sa décision, particulière par définition, sera, au regard de l'économique nationale, bonne ou mauvaise. D'où son refus de procéder à la révision* ». Pour une vision contraire MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit Mélange Terré (F.),* Dalloz, PUF, 1999, p.603 et « *Le risque de fragilisation de l'économie et l'impératif de sécurité juridique sont des alibis régulièrement invoqués, et demeurent des obstacles apparemment dissuasifs pour interdire au juge l'accès aux contrats atteints par la maladie de l'économie et lui dénier toute action visant à les rééquilibrer. Pourtant, chacun sait que dans bon nombre de système juridiques, au sein de L'Union européenne notamment, ce pouvoir judiciaire de révision a été admis, parfois sur le fondement la bonne foi, et « il n'apparaît pas (…) que le pouvoir modérateur accordé au juge ait porté une atteinte sérieuse à la sécurité des contrats du fait d'un interventionnisme débridé* ».

[463] MOLFESSIS (N.), « L'imprévision, une fausse avancée par rapport aux clauses de hardship ? », in colloque *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p.86 et s. « La conséqcration dans le Code civil d'un pouvoir de révision judiciaire des contrats déséquilibrés marque le recul d'une liberté contractuelle à laquelle il n'est plus possible, sans être naïf, de s'en remettre aveuglément ».

réponse d'une protection s'inscrivant dans le silence des parties participe donc d'une sorte de « garantie *a minima* » de protection qui veille à un équilibre dont la modification imprévisible pourrait s'avérer particulièrement injuste.
En ce sens, la protection accordée va au-delà de celle prévue par l'article L441-8 du Code de commerce. En effet, la disposition de droit spécial invite seulement les parties à procéder à une nouvelle négociation, étant précisé qu'il s'agit d'une simple obligation de moyens ne garantissant aucun résultat.

348. **Un article peu retouché lors de son élaboration**. Le Sénat n'était pas favorable à l'idée de révision judiciaire du contrat, pourtant la loi de ratification n'a pas modifié l'article 1195 du Code civil de la moindre virgule. Il ne gommera d'ailleurs pas certaines de ses imprécisions concernant l'étendue de ce pouvoir de révision. Ce peu de changement dans la lettre du texte, démontre peut-être un bon équilibre trouvé dans la répartition des rôles entre juges et parties.

349. **Propos conclusif.** Le droit commun s'inscrit ainsi dans la lignée de ce que la loi Hamon a développé dans les contrats de distribution pour les matières premières agricoles et alimentaires[464]. L'objectif est de favoriser la renégociation des contrats dont la fluctuation des prix rend l'exécution excessivement onéreuse tout en encourageant les parties à s'entendre pour fixer les nouvelles conditions contractuelles. Cependant, des différences entre les droits existent puisque par sa généralité, le règle de droit commun présente l'avantage de s'appliquer beaucoup plus largement et de pouvoir faire intervenir le juge si les parties ne parviennent pas à un accord ou si une seule des parties refuse de renégocier.

B) La reconnaissance légale de l'abus de l'état de dépendance

350. **Des prémices de la notion d'abus de l'état de dépendance au sein du droit spécial.** L'abus de l'état de dépendance a connu ses premiers développements en droit spécial, notamment au sein du droit de la concurrence. L'article L420-2 du Code de commerce prévoit dans son alinéa 2 que « *Est en outre prohibée, 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 ».* Il a déjà été vu précédemment que l'efficacité de cet

[464] V. supra n°251 et s.

article avait rapidement été neutralisée en raison de l'exigence entourant les critères de reconnaissance de la dépendance économique[465].

351. **Les prémices de la notion d'abus de l'état de dépendance au sein de la jurisprudence de droit commun.** En parallèle dans un arrêt du 3 avril 2002 dit arrêt Bordas[466], la Cour de cassation va mettre en place au sein du droit commun un nouveau vice de violence économique. La Cour, en imposant la double condition de la preuve de la dépendance et de l'abus est venue restreindre l'appréciation de la violence économique qui restera d'ailleurs lettre morte par la suite pendant de nombreuses années[467].

352. **Un abus de l'état de dépendance de droit commun inspiré par ses prédécesseurs.** L'ordonnance du 10 février 2016 va permettre à l'abus de dépendance économique de connaître une véritable renaissance sur le fondement de l'article 1143 du Code civil qui énonce que « *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.* ». L'article 1143 du Code civil consacre ainsi une nouvelle forme de vice du consentement. Il importe à cet égard de relever que, bien que le nouvel abus de dépendance reprenne l'idée formulée par l'ancienne jurisprudence, il s'en détache sur de nombreux points et ne constitue pas une simple consécration du droit prétorien. Ce nouvel abus de l'état de dépendance semble en quelque sorte être le résultat d'une synthèse entre l'article L420-2 du Code de commerce et de la jurisprudence Bordas.

353. **Un abus rattaché aux vices du consentement.** Ainsi, l'article 1143 du Code civil rattache l'abus de dépendance au vice de violence et vient compléter la violence « classique » visée par l'article 1140 du Code civil. Si, au moment de la formation du contrat, un abus est constaté, le contrat sera sanctionné par la nullité comme tout vice du consentement.
Cette nouveauté ne manqua pas de faire fortement réagir la doctrine puisque certains auteurs ont vu dans ce nouveau vice du consentement une porte ouverte à de très nombreux

[465] V. supra n°221 et s.
[466] Cass.civ 1ère, 3 avril 2002, n°00-12932 ; D.2002.1860, note GRIDEL (J.-P.), 1860. CHAZAL (J.-P.), 2844 obs MAZEAUD (D.) ; RTD civ.2002.502 obs MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; RTD com. 2003. 86, obs FRANCON (A.), CCC 2002, n°21 obs LEVENEUR (L.)
[467] DUNOYER DE SEGONZAC (A.) et CHAIB (K.), « Extension du domaine de la violence – Nouvelles caractérisation par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », Revue des juristes de Sciences Po, n°11, 2016, p.123

contentieux[468]. Ces craintes entraîneront plusieurs modifications de l'article 1143 du Code civil. Au premier rang de ces modifications se trouve l'ajout d'une condition tenant à l'obtention « *d'un avantage manifestement excessif* » au sein de la version prévue dans l'ordonnance de 2016.

Ensuite, à l'occasion de la loi de ratification, le Sénat s'est opposé à une conception trop élargie de l'état de dépendance. En effet, certains craignaient qu'une vision de l'état de dépendance trop vaste puisse être un moyen, pour toute personne en situation de faiblesse physique ou morale, d'user du texte pour faire annuler son contrat. Sous forme de compromis, l'Assemblée nationale a accepté que la situation de dépendance puisse être limitée par l'état dans lequel se trouve une partie « vis-à-vis de son cocontractant ». Cette nouvelle définition a le mérite d'exclure toute fragilité intrinsèque à la partie et toute dépendance vis-à-vis d'un tiers en raison de l'ajout de la mention « à son égard »[469].

354. **L'imprécision de l'abus de l'état de dépendance.** Pour autant, les contours des critères entourant l'invocation de l'abus de l'état de dépendance de droit commun restent encore flous. L'absence de précision du texte empêche de savoir s'il se rapprochera de l'article L.420-2 du Code de commerce – ce qui viendrait immédiatement réduire l'intérêt de son ajout au sein du droit commun – ou si, au contraire, il proposera une conception renouvelée de la notion. La distance que l'article semble avoir prise dans l'élaboration de sa définition, qui ne se contente pas de reprendre la disposition de droit spécial ou l'ancien arrêt Bordas, peut être perçue comme un élément rassurant.

Section 2 : Un droit commun en possible contrariété avec le droit spécial

355. **Un nouveau droit commun pas toujours calqué sur le droit spécial.** La lecture des textes du nouveau droit commun des contrats fait bien ressortir qu'il se situe souvent au

[468] ANCEL (P.), « Article 1142 : violence économique », Revue des contrats, 2015, p.747 ; BARBIER (H.), « Le vice du consentement pour cause de violence économique », Droit et patrimoine, 2014, n° 240, p. 50 ; BARBIER (H.), « La violence par abus de dépendance », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 45 ; CHAGNY (M.), « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », AJCA 2016, p.115; CHAZAL (J.-P.), « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », Droit et patrimoine, 2014, n° 240, p. 47 ; MOUJAL-BASSILANA (E.), « abus de dépendance et clauses abusives », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 53.

[469] CHENEDE (F.), « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », AJ contrats, 2018, p.25 ; ROGUE (F.), « abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? », Recueil Dalloz, 2018, p.1559 ; DELEBECQUE (P.), « Réforme de la réforme », du droit des contrats : en attendant la jurisprudence, la parole est aux pouvoirs publics, AJ contrat, 2018, p.197

confluent du droit spécial et de l'ancienne jurisprudence développée par les juges en pleine période de déformation du droit commun. Pour rappel, ce même mouvement de déformation avait lui-même inspiré l'enrichissement du droit spécial des contrats de distribution. Il découle de ces phénomènes de grandes similarités entre droit commun et droit spécial. Pour autant, le législateur a tout de même conservé des fondements du droit commun et l'a enrichi de nouveaux mécanismes qui lui sont propres, pouvant même entrer en contradiction avec le droit spécial tout au long de la vie du contrat, et ce de sa formation (Paragraphe 1) jusqu'à sa rupture (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Des risques de divergences entre droit commun et droit spécial dans la formation du contrat

356. **Divergences dans la formation du contrat.** Ces risques de divergences entre droit commun et droit spécial au sein de la formation du contrat se retrouvent notamment au sein de la contrepartie, qui est une des notions qui découle de l'éclatement de la cause (I), ainsi que dans la détermination du prix de vente dans le contrat (II).

I. La disparition par éclatement de la cause

357. **Plan.** Le mot « cause » a disparu du Code civil. Pour autant, la notion a survécu puisque ses attributs ont été répartis au sein de plusieurs textes du Code civil (A). Cependant, des interrogations demeurent sur la portée qu'auront ces nouveaux articles (B).

A) La notion de cause remplacée par celle de contrepartie convenue

358. **Une notion propre au droit français.** L'ordonnance du 10 février 2016 sonne le glas de la cause, cette spécificité du droit français inconnue de nombreux droits étrangers. Souvent critiquée[470], la cause était considérée comme trop complexe. Il faut dire que cette notion

[470] GHESTIN (j.), « Cause de l'engagement et validité du contrat », LGDJ, 2006, 1er éd « *L'obscurité de cette notion, la diversité de ses définitions selon la fonction qu'elle est amenée à remplir, en font la providence des plaideurs, parfois des juges et mêmes des auteurs en panne d'arguments juridiques* ». AYNES (L.), « La cause inutile et dangereuse », in R*éforme du droit des contrats*, Le débat, Droit et patrimoine, 2014, n°240 p.40. « *La théorie de la cause est inutile si elle est appliquée avec rigueur. Elle est dangereuse lorsqu'elle ne l'est pas* » ; HOUTCIEFF (D.), « Le contenu du contrat », in colloque *pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p.198 et s ; LAGARDE (X.), « Sur l'utilité de la théorie de la cause », Dalloz, 2007, p.740

protéiforme était largement utilisée comme fondement par les juges, souvent afin de ramener davantage d'équilibre au sein des contrats.

359. **Une disparition en trompe l'œil**. L'objectif de lisibilité et d'accessibilité de notre droit aura fait succomber cette désormais ancienne condition de formation du contrat[471]. Pour autant, cette disparition n'est que de façade puisque, si le mot disparaît, ses fonctions demeurent et se trouvent éclatées au cœur des articles 1162, 1169,1170 et 1186 du Code civil.
L'article 1169 rend nul tout contrat dont la contrepartie convenue serait illusoire ou dérisoire. Bien qu'il ne se réfère pas à la notion de cause, cet article ne devrait pas emporter de modification du droit positif en matière de contrat à titre onéreux. A titre d'exemple, il faut rappeler que, en droit de la distribution et particulièrement en matière de contrat de franchise, le défaut de cause sert notamment à l'annulation du contrat de franchise si le franchiseur n'est pas en mesure de démontrer la transmission à son franchisé d'un véritable savoir-faire. Il est clair qu'en l'espèce, la notion de contrepartie remplace sans difficulté l'ancienne notion de cause et il conviendra de s'assurer de l'existence réelle du savoir-faire[472].
Cependant, cette notion de contrepartie fait également appel à d'autres notions voisines, notamment rencontrées en droit spécial. Ainsi la cause a-t-elle survécu, mais il est en outre possible qu'elle connaisse à l'avenir de nouvelles évolutions importantes.

B) Une notion à la portée incertaine

360. **Une possible résurgence de la « cause dérisoire ».** La nouvelle notion de « *contrepartie convenue* » appelle quelques réflexions. En effet, celle-ci fait inévitablement penser à la cause de l'obligation qui est envisagée comme la raison immédiate pour laquelle les parties ont contracté. Il s'agit de rester au plus près de ce que les parties ont chacune souhaité lors de cet échange. Au cours de notre étude, des exemples ont déjà été cités dans lesquels la Cour de cassation a usé de cette subjectivisation de la cause pour annuler des contrats de distribution signés en présence d'un déséquilibre excessif[473]. Dans ces exemples, la cause n'était pas absente mais jugée insuffisante vis-à-vis de l'engagement du cocontractant. Les juges assimilaient la cause dérisoire à la cause inexistante au travers d'un véritable contrôle de

[471] Le nouvel article 1128 du Code civil qui énonces les conditions de validité du contrat ne fait plus état de la cause parmi ses conditions.
[472] DUTTO (V.), « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », AJ contrats, 2017, p.160 et s.
[473] V. supra n°102 et s.

la proportionnalité des engagements. Ce mouvement jurisprudentiel a été critiqué par une partie de la doctrine qui y voyait un véritable contrôle par le juge de l'économie du contrat, bien éloigné du fondement de l'autonomie de la volonté. Par la suite, l'usage de la cause retrouvera une utilisation beaucoup plus classique, la contrepartie permettant surtout de contrôler son existence de manière objective.

361. **La contrepartie en droit spécial.** Cette notion de contrepartie fait également écho à l'ancien article 442-6 I- 1° du Code de commerce, devenu depuis l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 l'article L442-I, 1°, selon lequel toute réduction de prix doit pouvoir être justifiée par un avantage proportionné et un déséquilibre significatif peut naître d'un avantage financier dont la contrepartie serait nulle ou dérisoire. En droit spécial, cette contrepartie n'a normalement pas pour objectif de contrôler « le juste prix » mais le rapport de valeurs des prestations[474]. En revanche à la différence de la contrepartie de droit commun, le contrôle de la proportionnalité des engagements en droit de la concurrence semble être presque sans limites[475].

362. **La contrepartie : continuité ou renouveau ?** La cause était connue et son cadre plutôt bien délimité par la jurisprudence[476]. Il est légitime de s'interroger sur le devenir de cette nouvelle notion de contrepartie. Sera-t-elle un pur contrôle objectif de la présence d'une contrepartie ou se rapprochera-t-elle au contraire du droit spécial ? Y aura-t-il une véritable analogie entre la contrepartie et l'ancienne notion de cause ? La cause semble immortelle[477] et paraît simplement avoir muté sous un nouveau nom. Il faut désormais s'interroger sur l'interprétation qu'en feront les juges. Tout comme le relève justement Thomas Génicon, l'argument selon lequel le mot « cause est supprimé sans dommage sur le fond », ne pouvait pas constituer une garantie. Les nouveaux articles auront leur champ propre que la jurisprudence va devoir affiner. Il lui faudra définir le cadre des nouvelles notions[478]. Les conseillers à la Cour de cassation garderont-ils pour grille de lecture leurs anciennes décisions

[474] RASANDRATANA (D.), « Essai d'une analyse économique de la notion de contrepartie en droit des contrats », RTD com. 2021 p.1.
[475] V. infa p.
[476] LEQUETTE (Y.), « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », 2016, Revue des contrats, RDC112a2, p.616, l'auteur regrette la disparition de la cause et son éclatement. Selon lui, il aurait mieux valu « *débarrasser la cause de ses verrues adventices* » en retournant à ses fondamentaux plutôt que prendre le risque de faire table rase du passé.
[477] WICKER (G.), « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs » Dalloz, 2020, p.1906
[478] GENICON (T.), « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », 2016, Revue des contrats, RDC112a3, p.625

rendues en matière de cause ? Ou pourront-ils au contraire être tentés de rapprocher encore un peu plus la notion de ce qui existe en droit spécial des contrats ?

363. **Un penchant vers l'esprit de continuité...** En fonction du choix qu'opèreront les juges, les incidences sur les contrats de distribution pourraient être nombreuses. En tout état de cause, il est envisageable que, plutôt que d'assécher la matière, le changement de vocable de la cause insuffle au contraire un vent nouveau[479].

364. **…traduit par les premières jurisprudences**… Pour l'heure, cependant et malgré la réforme, il ne semble pas que la jurisprudence marque une rupture avec son ancienne position en matière de cause. Aussi la Cour de cassation a-t-elle rendu un arrêt le 13 avril 2023[480] en matière de franchise, dans lequel elle constate que le contrat n'était pas dépourvu de cause puisque le droit d'entrée et les redevances et commissions versées par le franchisé étaient justifiées par la formation, l'usage de la marque et l'accompagnement notamment publicitaire. Bien que cet arrêt ait été rendu au visa de l'ancien article 1131 du Code civil, il fait peu vraiment de doute que la solution eût été la même si elle avait été fondée sur l'article 1169 du Code civil[481].

365. **…et l'insertion de la contrepartie au sein du Code.** Selon Denis Mazeaud, le placement des contreparties illusoires et dérisoires à la suite de l'article 1168 du Code civil, qui affirme l'indifférence de l'équivalence économique des prestations, ne serait pas le fruit du hasard. Il s'agirait d'un placement volontaire pour bien affirmer que contrairement à l'article L442-1 du Code de commerce, l'article 1169 du Code civil n'a pas pour fonction d'introduire un contrôle de proportionnalité de la valeur des prestations[482].
La contrepartie du nouveau droit commun des contrats ne semble pas être animée de la même vision protectrice que celle de droit spécial. Cette contrariété entre les droits se retrouve également au niveau de la détermination du prix de vente.

[479] HOUTCHEFF (D.), « Le nouvel équilibre contractuel » in colloque *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, institut universitaire Varrenne 2018, p.64 ; « DESHAYES (O.), « La formation des contrats », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?,* Revue des contrats, 2016, p.21 et s.
[480] Cass.com, 13 avril 2023, n°22-10.386
[481] MATHEY (N.), « Cause du contrat de franchise », Contrats Concurrence Consommation, n°6 2023, comm 98.
[482] MAZEAUD (D.), « Lésion », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2018, n°53

II.Des contrariétés dans la détermination du prix de vente

366. **La possible indétermination du prix.** La réforme du droit des contrats avait dans ses principaux objectifs la volonté de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme. Ces objectifs se recoupent avec celui de réussir à assurer l'équilibre du contrat. Le prix est un élément incontournable du contrat et pourtant sa notion était peu présente dans le code civil. La principale interrogation en droit des contrats, était de savoir si ce prix devait être déterminé ou déterminable. Finalement, c'est sans nul doute l'apparition des contrats cadres de distribution au sein du paysage juridique français qui a permis à la jurisprudence d'évoluer et aux juges de trancher la question par une série d'arrêt rendus par la Cour de cassation le 1er décembre 1995[483]. Ainsi, depuis ces arrêts, l'indétermination du prix au sein des contrats cadre ne remet pas en cause leur validité.

367. **Une construction légale dans la continuité de la jurisprudence.** L'ordonnance portant réforme du droit des contrats va grandement reprendre à son compte la jurisprudence de 1995 pour l'intégrer dans la loi, sans pour autant oublier d'y apporter une touche d'innovation. Cette nouvelle fixation du prix risque d'avoir des répercutions différentes sur les contrats de distribution quant à la possibilité de son appréciation selon que celui-ci ait été convenu entre les parties (A) ou fixé unilatéralement par l'une d'entre elles (B).

A) La fixation conventionnelle du prix

368. **Une absence de contrôle du prix par le juge.** La détermination du prix revient aux parties au contrat. La réforme du droit commun des contrats ne s'est pas éloignée de ses origines reposant sur l'autonomie de la volonté. Ainsi, si chaque partie doit trouver une obligation en contrepartie de celle qu'elle fournit, celles-ci n'ont pas besoin d'être de valeur égale.
C'est ainsi qu'au sein de deux articles, le Code civil rappelle le principe de l'interdiction du contrôle de la lésion. Tout d'abord, l'article 1168[484] dispose : « *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* ». Cet article est à rapprocher de l'article

[483] V. supra n°121 et s.
[484] Art. 1168, C.civ. Loi 2015-990 promulguée le 01 octobre 2016

1171 du Code civil relatif au déséquilibre significatif, dont l'alinéa 2 énonce qu'il ne doit pas porter « *ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

369. **Une absence de contrôle contraire à la logique du droit spécial.** Cette double affirmation, qui insiste sur l'impossibilité du juge de contrôler le prix au sein du contrat négocié, est en opposition frontale avec l'ancien article L'442-6 I 2° du code de commerce en droit spécial. En effet, nous avons déjà expliqué les craintes d'une partie de la doctrine de voir ces textes issus du droit de la concurrence permettre aux juges un contrôle généralisé des prix entre distributeurs et fournisseurs[485].
Il est donc important de constater cette différence de philosophie dans l'approche du droit spécial par rapport au droit commun relativement au rôle des juges. Là où l'un autorise de manière croissante un interventionnisme au sein du contrat, le second continue de poser des garde-fous[486].

370. **Une certaine défiance vis-à-vis des juges.** Cette méfiance a pu se traduire notamment par la machine arrière opérée par la réforme sur les pouvoirs de sanction du juge en cas d'abus dans la fixation du prix par l'une des parties. Le juge devait normalement être autorisé à réviser le prix en cas de désaccord des parties. L'ordonnance ne retiendra finalement pas cette possibilité, ce qui est symptomatique d'une certaine défiance vis-à-vis du juge. En droit commun le prix doit rester la chose des parties ou même d'une seule partie.

B) La fixation unilatérale du prix

371. **Une double innovation au sein du Code civil.** Les articles 1164 et 1165 du Code civil innovent pour deux raisons : la première, en faisant pénétrer dans la loi l'expression d'origine doctrinale et jurisprudentielle de « contrat cadre », qui est définie à l'article 1111 du Code civil[487] comme « *un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures* ». Ce contrat cadre est par la suite suivi de la conclusion de contrats d'application. En droit de la distribution, le contrat de franchise et le contrat de concession en sont de bonnes illustrations.

[485] V. supra n°240
[486] SASSOLAS (D.), « Le prix » in colloque *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut universitaire Varenne, 2018, p76 et s. ; ERESEO (N.), « Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations » in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne 2017, p. 363 et s
[487] Art. 1111, C.civ. Loi 2015-990 promulguée le 01 octobre 2016

La seconde innovation réside dans le fait que cet article autorise, dans ce type de contrats, une partie à fixer seule le montant du prix. Cette possibilité est heureusement assortie de limites : celle de devoir motiver le montant qui a été fixé en cas de contestation. Ainsi, la partie qui détermine unilatéralement le prix doit être en mesure d'expliquer comment elle a pu déterminer le tarif demandé.

L'absence de motivation n'est pas assortie de sanction, en revanche elle pourra sans doute constituer un départ de preuve en cas d'abus[488].

Rien n'est précisé en ce qui concerne l'encadrement de la contestation dans le texte. Il n'est pas dit dans quel délai elle doit intervenir, ni la forme qu'elle devra prendre[489].

372. **Le cadre de l'abus.** Le juge ne pouvant pas lui-même procéder à une révision du prix et ne devant pas contredire l'article 1168 du code civil, ne faisant pas du défaut d'équivalence des prestations une cause de nullité, il faudra sans doute que cette disproportion soit manifeste et très éloignée des prix du marché pour que l'abus puisse être constaté. Finalement, la loi n'apporte pas beaucoup de précision sur la notion d'abus qui continue d'interroger[490]. Si l'abus est reconnu, le juge pourra simplement demander l'obtention de dommages et intérêts ou la résolution du contrat.

373. **Le droit spécial évite les modifications contractuelles unilatérales.** Là encore, cette confiance qui est accordée à une seule partie par le droit commun n'est pas en phase avec le droit spécial de la distribution. Une véritable méfiance s'est développée envers l'unilatéralisme, par crainte que la partie forte ne puisse modifier le contrat à son profit. Ainsi par exemple, l'ancien article L442-6, I, 12° du code de commerce tiré de la loi Hamon du 17 mars 2014 empêche « *de passer de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu* »[491]. L'ancien article L441-7 du Code de commerce

[488] DISSEAUX (N.), « Les mystères du contrat cadre », AJ contrats d'affaires, concurrence, distribution, Dalloz, 2017, p.104 l'auteur voit dans l'obligation de motivation une éventuelle modification de la charge de la preuve « *ce ne serait plus au débiteur d'établir l'abus, mais au créancier de s'expliquer sur l'absence d'abus lorsqu'il n'a pas motivé la variation du prix. Ce serait déjà une manière de garantir une partie de la licéité du cadre fixé par les parties* » ; MOURY (J .), « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats, Dalloz, 2016, p.1013

[489] MOURY (J.), « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », AJ contrats d'affaires : concurrence, distribution, Dalloz, 2016, p.124

[490] LECLERC (F.), « Quel impact est susceptible d'avoir la réforme du droit des contrats sur les effets des contrats de distribution ? » AJ contrats, 2017, p.200

[491] ERESEO (N.), « Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations » in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne 2017, p. 363 et s e

n'interdit pas toute modification de la convention annuelle mais les modifications restent limitées puisqu'elles devront faire l'objet d'un avenant et il conviendra à cette occasion de veiller à ne pas rompre l'équilibre contractuel[492].
Les possibles divergences entre droit commun et droit spécial se retrouvent à tous les stades de la vie du contrat jusqu'à sa rupture.

Paragraphe 2 : Des risques de divergence entre droit commun et droit spécial lors de la rupture du contrat

374. **Des points de vue différents entre droit commun et droit spécial.** Là où le nouveau droit commun des contrats continue d'affirmer le principe de liberté de la rupture (I), le droit spécial choisit de l'encadrer (II).

I. La réaffirmation de la liberté de rupture du contrat en droit commun

375. **L'interdiction des contrats perpétuels.** Pour les contrats à durée déterminée, l'article 1212 du Code civil[493] prévoit classiquement que, par principe, ce type de contrat doit être exécuté jusqu'à son terme.
Pour les contrats à durée indéterminée, l'article 1211 énonce que « *chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut un délai raisonnable* ».
Il ressort de cet article, que le nouveau droit commun assure la liberté de rompre les contrats.
L'article 1210 du Code civil insiste sur cette exigence en rappelant l'interdiction des engagements perpétuels.

376. **Le respect d'un préavis.** Ainsi, l'article 1211 du Code civil semble affirmer qu'il sera tout à fait possible pour les parties d'insérer des clauses dans leur contrat prévoyant la durée du

[492] Dans notre démarche d'une analyse historique de l'évolution du droit des contrats de distribution, les articles cités. Il est donc nécessaire de préciser que la loi Egalim du 30 octobre 2018 va donner lieu à une réforme d'ampleur via l'ordonnance du 24 avril 2019 qui a conduit à un réel assouplissement du droit de la négociation commerciale. L'objectif était de défaire le droit français d'un formalisme trop important pour les professionnels du commerce. Il est possible de recourir à des conventions pluriannuelles et le calendrier de négociation connait un léger assouplissement puisque la convention unique de droit commun doit être effectuée dans un « *délai raisonnable avant le 1er mars* » et non plus, plus de trois mois avant la date butoir du 1er mars.
[493] Art. 1212, C.civ. Loi 2016-31 promulguée le 10 février 2016

délai de préavis à respecter. Si les parties s'y conforment, alors elles pourront naturellement se défaire de leur engagement contractuel.
Dans le cas où les parties n'ont rien prévu, il faudra alors qu'elles respectent une durée de préavis dite « raisonnable ».

377. **Une solution ancienne**. Si ces articles du droit commun issus de l'ordonnance de 1804 reprennent de manière assez classique les anciennes solutions existantes en droit commun de la rupture du contrat, ils semblent très éloignés de la philosophie de la rupture qui anime actuellement le droit spécial de la distribution.
Pour rappel, l'ancien article L442-6, I, 5° du Code de commerce oblige au respect d'un préavis suffisant et proportionnel à la durée du contrat pour échapper à la sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies[494]. Le respect de la durée de ce préavis est très encadré et la durée d'un préavis prévu au sein d'une clause contractuelle ne lie pas les juges. En effet, même si les parties ont respecté le délai de préavis qu'elles avaient initialement fixé dans leur contrat, les juges peuvent estimer ce délai insuffisant au regard de la durée du contrat et de l'importance du lien de dépendance d'une partie par rapport à l'autre[495].
La rupture du contrat laisse entrevoir des positions antagonistes entre droit spécial et droit commun quant à la possibilité pour une partie d'essayer de favoriser sa durabilité dans le temps.

II.Une vision de la rupture éloignée du droit spécial des contrats de distribution

378. **Une possibilité de rupture limitée en droit spécial.** Le droit de la distribution possède des marqueurs forts, qu'il s'agisse de la durée de la relation, du déséquilibre ou de la dépendance que peuvent connaître les parties. De plus, à la fois dans les modèles de la franchise et de la concession, les franchisés et concessionnaires sont souvent amenés à faire de lourds investissements. Pour ces raisons, la fin du contrat de distribution peut placer une partie dans une situation délicate. Le droit spécial de la concurrence tend à protéger la partie faible en essayant de limiter les changements de partenaire ou toute diversification des sources d'approvisionnement[496].

[494] V.supra n°258
[495] FOURGOUX (J-.L.), « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016, p.127 ; CHANTEPIE (G.), « La rupture des contrats d'affaires : la gestion contractuelle de la rupture », AJ contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016, p.130
[496] BEAUCHARD « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in Libre droit, *mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p.39 et s.

379. **Un droit commun peu en phase avec la limitation de la possibilité de rupture du contrat.** Deux aspects de la réforme attestent de ce que le droit commun ne poursuit pas la philosophie qu'adopte le droit spécial quant à la question de la rupture du contrat : tout d'abord, la réforme n'a pas consacré d'obligation de motivation en cas de non renouvellement d'un contrat de distribution (A). Ensuite, elle a multiplié les possibilités de rupture en cas d'inexécution d'un des contractants (B).

A) L'absence d'obligation de motivation en cas de non renouvellement du contrat

380. **Le contrôle des motifs de rupture : un mécanisme envisageable…** Parmi la doctrine et les praticiens, nombreux sont ceux qui pensent qu'il serait plus sécurisant d'évoluer vers une obligation de motivation de la part de la partie qui ne souhaite pas renouveler son contrat. Cela permettrait au juge d'opérer un contrôle sur les motifs donnés et de vérifier s'ils sont suffisamment justifiés au regard de l'importance du dommage que subit le cocontractant.
Cette obligation est déjà connue dans d'autres branches du droit où l'une des parties est dans un état de dépendance économique, comme en droit du travail ou encore au sein du mandat d'intérêt commun[497]. Une analyse de droit comparé montre aussi qu'une telle indemnité existe pour les concessionnaires en droit belge et en droit allemand.

381. **…mais non envisagé.** La réforme ayant pour volonté de promouvoir la protection de la partie faible, cette solution semblait être le bon compromis afin de sécuriser et encadrer la rupture du contrat de distribution.[498] Pourtant, malgré l'intégration des nombreux mécanismes issus du droit spécial, tels que le déséquilibre significatif ou le vice d'abus d'un état de dépendance, le droit commun est resté fidèle à ses positions traditionnelles en matière de rupture du contrat. La rupture du contrat de distribution n'a pas à être motivée.

382. **Transition.** Dans ce même esprit de conservation d'une certaine liberté de la rupture, le droit commun va multiplier les possibilités de rupture en cas d'inexécution du contrat.

[497] FABRE-MAGNAN (M.), « la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », Revue des contrats, 1 avril 2004 n°2, p.573
[498] FERRIER (N.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires.* Lexisnexis, 2017, actualités du droit de l'entreprise

B) La résolution pour inexécution du contrat

383. **Une résolution possible en cas d'inexécution suffisamment grave.** De la même manière qu'il a pu être constaté un développement en droit commun de l'unilatéralisme en matière de fixation du prix, cette idée continue d'être prégnante au niveau des sanctions qui s'attachent à l'absence d'exécution du contrat par l'une des parties.
Selon l'article 1224 du Code civil, « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».
Si l'exception d'inexécution n'est pas une nouveauté en droit commun des contrats, l'originalité réside dans le fait que la partie souhaitant résoudre le contrat n'ait plus besoin de passer devant un juge pour en faire la demande ou même d'avoir prévu une clause dans le contrat à cet effet. A partir du moment où l'inexécution est suffisamment grave, elle peut mettre fin au contrat. Il est donc naturel de se demander si le critère de la gravité peu venir limiter l'emploi de ce mode de résolution. Or, la notion est déjà connue dans la résolution judiciaire et la doctrine a pu démontrer qu'elle regroupait un champ de situation extrêmement vaste[499].

384. **Une résolution facile à mettre en œuvre.** Cela risque d'avoir des répercutions en droit de la distribution. A titre d'exemple, alors qu'avant la réforme le franchisé mécontent mettait en œuvre l'exception d'inexécution le temps de demander en justice la résolution du contrat, il pourra désormais, sous réserve de l'importance de l'inexécution du franchiseur, mettre un terme au contrat sans aller en justice à la suite d'une mise en demeure restée infructueuse[500]. Il pourra même se passer de cette mise en demeure s'il peut justifier d'une situation d'« urgence ».

385. **Un juge intervenant au second plan.** Il est intéressant de noter qu'en terme de hiérarchie, la résolution par notification est invoquée dans l'article avant la résolution judiciaire. Cela a pu être vu comme une volonté de faire de la résolution par notification le principe et la résolution judiciaire l'exception. Le juge est donc mis légèrement à l'écart lors de la rupture pour pouvoir accélérer le processus. Il n'interviendra toujours que dans un second temps, soit en cas de potentielle contestation pour la résolution par notification soit pour la résolution

[499] STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Les sanctions unilatérales : opportunité ou danger ? », in *colloque la réforme du droit des contrats, incidences sur la vie des affaires,* Lexisnexis, 2017, p.124
[500] DUTTO (V.), « De quelques réflexions concernant l 'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », AJ contrats, 2017, p.159

judiciaire vue comme subsidiaire[501].

386. **Une volonté de souplesse.** Il paraît évident qu'en pratique, il sera sans doute plus judicieux de continuer d'organiser les suites données à une inexécution par le biais d'une clause résolutoire prévue à cet effet[502]. En effet, cela permet de limiter les risques de contestation en justice de la résolution par le débiteur[503]. Pour autant, il est intéressant de noter l'idée qui est présente derrière cette nouveauté : celle d'apporter plus de souplesse aux parties pour mettre fin à leur contrat lorsqu'elles n'en sont pas satisfaites.

387. **Propos conclusif.** La réforme du droit des contrats de l'ordonnance du 10 février 2016 montre une différence d'appréhension de la rupture du contrat entre droit commun et droit spécial. Le premier cherche à assurer une souplesse dans la rupture tandis que le second adopte une approche beaucoup plus dirigiste dans un souci de sécurisation de la partie faible. La récente loi Macron en matière d'indivisibilité contractuelle peut en revanche nuancer ce propos puisqu'elle permet par le biais d'une échéance commune de faciliter la sortie du contrat, là où l'enchevêtrement de contrats aux délais différents rendait la sortie du contrat bien plus difficile. Il n'est alors pas impossible que le droit spécial entame lui aussi un virage dans sa manière d'aborder la rupture en lui accordant plus de souplesse.

388. **Transition.** Les différentes dispositions du droit commun se sont ainsi construites en s'inspirant du droit spécial, parfois dans un objectif de le compléter parfois en le contredisant. Est-ce problématique que les deux droits entrent en confrontation ? Il faut garder à l'esprit que notre étude ne s'articule qu'autour de la relation entre droit commun et droit spécial de la distribution. Le droit commun ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats, il est normal que les auteurs de la réforme n'aient pas toujours épousé les particularités du droit spécial de la distribution dans l'élaboration de ses règles. De plus, dans ce type d'hypothèse, un mécanisme devrait normalement jouer pour arbitrer ce des éventuels conflits : celui de l'articulation des droits.

De manière plus surprenante en revanche, le droit commun a parfois dépassé le droit spécial

[501] CHANTEPIE (G.), « La rupture des contrats d'affaires : la gestion contractuelle de la rupture. AJ contrats d'affaires : concurrence, distribution, Dalloz, 2016, p.130

[502] et cela même si les clauses laissent encore certaines zones d'ombre à éclaircir sans leur utilisation. En ce sens BENABENT (A.), « Les nouveaux mécanismes », Revue des contrats, RDC112y8, p.17 ; LAITHIER (Y-.M.), « Les sanction de l'inexécution du contrat », Revue des contrats, RDC112y4, p.39

[503] Art. 1226, C.civ. Loi 2016-131 promulguée le 10 février 2016

dans son rôle protecteur.

CONCLUSION CHAPITRE 2

389. **Une réforme nécessaire.** Le droit commun des contrats a dû se réformer, que ce soit pour des besoins d'accessibilité, de modernisation ou encore pour se doter d'instruments permettant d'assurer une meilleure protection de la partie faible.

390. **L'influence manifeste du droit spécial.** La réforme du droit des contrats reflète de manière notable l'empreinte du droit spécial applicable aux contrats de distribution. Par exemple, bien que les notions d'obligation d'information précontractuelle et l'indivisibilité contractuelle aient été reconnues par la jurisprudence de droit commun, elles ne bénéficiaient d'aucune consécration textuelle au sein du Code civil. Cette absence est désormais corrigée, ouvrant la voie à une possible complémentarité avec les textes de la loi Doubin et de la loi Macron. En effet, la réforme ne s'est pas limitée à une simple codification des solutions jurisprudentielles antérieures ; elle semble également avoir été influencée par le droit spécial en étendant le champ d'application de ces mécanismes protecteurs.

391. **L'intégration de mécanisme de droit spécial au sein du droit commun.** Parmi les significatif inspirés par le droit spécial, deux innovations méritent une attention particulière : la reconnaissance du déséquilibre significatif en lien avec l'intégration de la figure du contrat d'adhésion puis la révision pour imprévision. Ces deux dispositifs témoignent d'une évolution touchant à la philosophie même du droit commun des contrats.

Premièrement, la réforme consacre la notion de contrat d'adhésion et s'écarte du principe fondateur de l'autonomie de la volonté en reconnaissant une nécessaire protection accrue aux signataires de ce type de contrat. Par le biais de cette figure juridique, elle intègre la notion de déséquilibre significatif, empruntée au Code de la consommation puis aux pratiques restrictives de concurrence. Cette notion, bien que vivement critiquée par une partie de la doctrine[504] et des praticiens pour son potentiel à porter atteinte à la liberté contractuelle, se voit désormais intégrée au droit commun.

Deuxièmement, la reforme rompt avec l'arrêt canal de Craponne, pilier jurisprudentiel jusqu'alors inébranlable, en admettant la possibilité de réviser un contrat pour imprévision.

[504] V. supra n°231 et s.

392. **Une réforme imprégnée d'une volonté de protection.** Le nouveau droit commun a intégré en son sein de nombreux instruments de correction des déséquilibres, tels que la figure du contrat d'adhésion, la notion de déséquilibre significatif, la révision pour imprévision ou encore l'abus d'un état de dépendance.
Ces mécanismes semblent chercher à instaurer un équilibre entre un solidarisme, dont la vision protectrice était excessive, et un libéralisme source d'injustice et de déséquilibre[505].

393. **De possibles contrariétés entre droit commun et droit spécial.** Cependant, ce rapprochement entre droit commun et droit spécial ne doit pas faire perdre de vue que les deux droits conservent tout de même leurs différences. Par exemple, la disparition par éclatement de la cause de l'ancien article 1131 du Code civil, a donné naissance à la notion de contrepartie laquelle s'éloigne de la notion du même nom au sein du droit spécial. De même, s'agissant de la phase de la rupture des contrats, le droit spécial tend à encadrer strictement la fin des contrats de distribution, tandis que le droit commun demeure attaché au principe de la liberté de rompre, qui continue de guider la phase de résiliation contractuelle.

394. **Un droit commun conservant des spécificités.** Pour autant, la réforme du droit des contrats n'est pas exclusivement fondée sur une simple retranscription du droit spécial des contrats de distribution et recèle quelques innovations et mécaniques qui lui sont propres. Ces pans du nouveau Code civil s'érigent parfois en contrariété avec le droit spécial.

[505] MOUIAL BASSILANA (E.), « Abus de dépendance et clauses abusives », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 1re éd, 2017, p.55

CONCLUSION TITRE II

395. **L'enrichissement du droit spécial.** Sa logique libérale et sa vocation à s'appliquer à tous les contrats ne faisaient pas du droit commun le candidat idéal pour assurer le rééquilibrage des contrats de distribution. Venir réglementer les contrats de distribution par le biais du droit spécial était donc sans doute la meilleure solution. Elle permettait à la fois de restaurer la justice contractuelle tout en évitant de trahir la conception du droit commun qui se fonde sur la volonté des parties. Le droit spécial présentait également l'avantage d'appréhender les déséquilibres de manière spécifique.

396. **Les riches apports du droit de la concurrence.** Le législateur va légiférer à tous les stades de la vie du contrat afin d'enrichir le droit spécial applicable aux contrats de distribution. Parmi ces enrichissements, le droit de la concurrence et plus particulièrement celui des pratiques restrictives de concurrence semble être devenu le terrain privilégié de la protection des contractants signataires d'un contrat de distribution. Pour reprendre les mots du professeur Mme. Judith Rochfeld, il semble qu'à un moment donné le droit de la concurrence ait « *bifurqué* »[506] de son objectif premier de protection du marché pour se concentrer sur les abus qui se développaient au sein des contrats de distribution. Cette évolution répond à la nécessité de fournir une protection effective aux parties qui, bien qu'étant des professionnels, se trouvent parfois en position de faiblesse manifeste face à leur cocontractant. Le déséquilibre significatif et l'absence de contrepartie sont ainsi devenus ces dernières années des outils de contrôle de l'équilibre des relations incontournables.

397. **Une fin de contrat sous haute surveillance.** La fin d'un contrat de distribution constitue souvent une étape cruciale de la relation nouée. Les enjeux économiques sont parfois très importants et la décision unilatérale de mettre un terme à la relation contractuelle peut affecter lourdement le cocontractant, notamment lorsqu'il existe une dépendance économique. Le législateur a ainsi développé au sein du droit spécial des dispositifs visant à réguler les ruptures contractuelles, en particulier pour prévenir les ruptures brutales et injustifiées. Par le biais de la loi Macron, il s'est également attaché à garantir qu'une partie ne demeure pas

[506] ROCHFELD (J.), « A la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats : l'apport des pratiques restrictives de concurrence », Revue Juridique de l'Ouest, 2004, p.480 et s.

contrainte, contre son gré, dans une relation contractuelle indésirable, notamment lorsque cette situation résulte du jeu d'une pluralité de contrats dont les termes ne coïncident pas.

398. **L'enrichissement du droit commun.** Le droit spécial réglementant les contrats de distribution, qui s'est développé en grande partie pour faire cesser le mouvement de déformation du droit commun tout en s'en inspirant, va devenir à son tour une source d'inspiration. En effet, le nouveau droit commun va être marqué par un véritable besoin de se réformer et va venir emprunter de nombreux mécanismes du droit spécial et plus particulièrement du droit spécial réglementant les contrats de distribution. Aussi l'enrichissement du droit est-il véritablement intervenu au moyen d'un double mouvement d'influences réciproques.

399. **Un droit commun conservant des différences.** Si droit commun et droit spécial des contrats de distribution tendent à se rapprocher, ils sont pour autant loin d'être identiques. Les nouveaux textes du droit commun possèdent des caractéristiques propres qui ne vont pas toujours dans le même sens que les textes inspirés du droit spécial, comme la notion de contrepartie. Le droit commun a également dégagé des mécanismes innovants comme la révision pour imprévision qui permet au juge d'intervenir dans les conventions signées par les parties si un événement extérieur et imprévisible déséquilibre l'économie du contrat. Enfin, droit commun et droit spécial semblent parfois même en opposition comme en matière de contrôle du prix.

CONCLUSION PARTIE 1

400. **Une conception du droit dépassée.** Le Code civil de 1804 s'est construit sur le modèle du contrat de vente. De nombreux concepts fondamentaux, tels que la liberté contractuelle ou l'autonomie de la volonté reposaient sur les caractéristiques propres à ce type de contrat. Cette vision individualiste et libérale du contrat n'était pas toujours en phase avec l'émergence de nouvelles formes de contrats qui nécessitaient davantage de protection[507]. Les contrats de distribution, qui instaurent des relations complexes entre professionnels souvent marquées par un intuitu personae fort et une dépendance économique en étaient une bonne illustration.

401. **Le droit de la distribution guide d'un enrichissement du droit.** Il serait abusif d'attribuer aux contrats de distribution l'entier mérite de l'enrichissement de notre droit ces dernières années. Pour autant, force est de constater que ces contrats ont exercé sur celui-ci une influence plus que significative. Les contrats de distribution ont effectivement été l'occasion de bon nombre de jurisprudences lors du mouvement que nous avons désigné comme mouvement de déformation du droit commun.

402. **Un usage innovant du droit commun.** En l'absence de droit spécial, les juges vont exploiter les notions générales du droit commun pour réguler les contrats de distribution. Des concepts tels que la cause, l'objet, la bonne foi ou les vices du consentement ont parfois été utilisés dans des rôles éloignés de leurs fonctions initiales, telles que conçues par les rédacteurs du Code civil. Dès lors, le juge ne se contente clairement plus de retranscrire fidèlement la loi. Il joue un rôle dans la création de nouveaux outils juridiques dans le but de pouvoir mieux protéger la partie faible.

403. **Les limites du détournement du droit commun.** L'usage détourné des notions du droit commun comporte cependant des risques En effet, par définition, le droit commun a vocation

[507] MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit Mélange Terré (F.),* Dalloz, PUF, 1999, p.623 « *En définitive, il apparaît dépassé aujourd'hui de répondre à un contractant victime de son inexpérience, de son infériorité, de la fatalité ou des choses de la vie que « les affaires sont les affaire », qu'« en contrat, trompe qui peut ! » ou que le contrat est une loi d'airain insensible aux coups du destin* ». ; VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, thèse, Paris, 1986, LGDJ, n°1, p. 6 « *le droit positif se devait de dépasser la vision archaïque des contractants libres, égaux et souverains dans leurs discussions contractuelles* ».

à s'appliquer à l'ensemble des contrats. En voulant protéger les parties à un contrat de distribution, les juges ont pris le risque de voir leurs solutions s'étendre au-delà de la sphère contractuelle envisagée. Ce difficile équilibre des juges entre respect de la lettre du texte et volonté de protéger la partie faible risquait de mener vers un manque de logique d'ensemble de notre système juridique et de prévisibilité pour le justiciable.

404. **Vers droit spécial protecteur.** Face à ces enjeux, le législateur est intervenu par le biais de multiple lois, telles que les lois Doubin, Macron, Galland, Dutreil, Chatel, Hamon etc. afin de venir encadrer les contrats de distribution. Certaines dispositions ont entériné des solutions jurisprudentielle issues du droit commun, notamment en matière de rupture brutale des relations commerciales établie[508]. D'autres, telles que l'indivisibilité contractuelle, ont étendu le cadre protecteur des solutions bien au-delà de des solutions jurisprudentielle de droit commun. Enfin, des mécanismes innovants de contrôle des déséquilibres contractuel, tel que le déséquilibre significatif ont été mis en place.

405. **Un enrichissement mutuel**. Il est frappant de constater la manière dont le droit commun et le droit spécial applicable aux contrats de distribution s'inspirent et s'influencent et ce d'une manière particulièrement prégnante au cours des dernières années. La réforme du droit des contrats semble parachever ce phénomène de contagion réciproque avec un rapprochement inégalé.

406. **Un changement de philosophie.** L'ancien droit commun était fondé sur une idéologie libérale et une vision du contrat consensuel formé par la simple rencontre des volontés. Or, il apparaît indéniablement à la lecture des textes que ni le droit spécial ni le nouveau droit commun des contrats ne sont encore fondés sur le mythe de deux parties supposées négocier sur un pied d'égalité.

407. **Une articulation des textes indispensable.** L'imbrication croissante entre droit commun et droit spécial applicable aux contrats de distribution engendre de nombreuses similitudes, mais également des divergences. Droit commun et droit spécial s'entendent sur un même objectif : la protection de la partie faible, et partagent de plus en plus de notions communes afin d'assurer cette mission. Cependant, la lecture attentive des innovations issues de la réforme du droit des contrats montre également que le droit commun ne s'est pas contenté

[508] V. supra n°158 et s.

de reproduire les dispositions de droit spécial. L'introduction du déséquilibre significatif en droit commun n'est ainsi pas un simple copier-coller de la notion issue du droit de la concurrence. Pour certaines dispositions, cela va même plus loin puisque le droit commun semble parfois rentrer en contrariété avec le droit spécial. Ainsi à titre d'exemple, le droit commun continue de faire de la liberté de rompre le principe là où le droit spécial l'encadre de plus en plus. De même le droit commun réaffirme l'interdiction pour le juge de contrôler le prix quant au contraire le juge semble s'orienter vers une possibilité de ce contrôle sur le terrain du droit spécial.

Droit commun et droit spécial, présentent ainsi à la fois de fortes similarités, mais également des disparités. Ce mélange de similitudes et différences commande de s'interroger sur la coexistence de ces textes et sur la manière dont ils doivent être organisés.

PARTIE 2 : LA COEXISTENCE DU DROIT COMMUN ET DU DROIT SPECIAL AUTOUR DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

TITRE I : LA RIVALITE ENTRE LE DROIT COMMUN ET LE DROIT SPECIAL DES CONTRATS

408. **Une réforme dans un esprit de continuité…** Une analyse rapide du nouveau droit commun des contrats laisse clairement ressortir le fait que cette réforme n'a pas pour objectif de bouleverser l'ordre établi. Ainsi, ses répercussions sur les contrats de distribution vont demeurer limitées. La raison est simple et se retrouve dans les objectifs initiaux de la loi. En effet, dans son rapport relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, le Président de la République relevait que le Code civil ne permettait plus de « *donner une vision claire et précise de l'état du droit positif* ».

Ainsi la réforme se devait avant tout, de remettre la loi au premier plan en facilitant sa lisibilité et son accessibilité. En effet, jusqu'alors, c'est la jurisprudence qui œuvrait pour adapter les textes à l'évolution des mœurs et des nouvelles pratiques, à tel point que le droit positif était devenu en grande partie un droit prétorien.

409. **… mais sachant faire preuve d'innovations.** Cependant, il serait en réalité erroné de croire que la réforme des contrats s'est contentée de codifier à droit constant les solutions dégagées par la Cour. En effet, la réforme du droit des contrats est également assortie de son lot d'innovations. Il est intéressant de noter que la majorité de ces innovations sont directement inspirées par le droit spécial des contrats de distribution. L'analyse historique des mouvements d'influence entre droit commun et droit spécial de la distribution démontre bien une forme de « de vases communicants » où chaque système se nourrit de l'autre pour grandir et évoluer. Ainsi, si la déformation du droit commun opérée par les juges a permis au droit spécial de la distribution de s'enrichir, le droit spécial a par la suite permis au droit commun des contrats d'évoluer. Le professeur Goldie-Genicon analyse ainsi ce phénomène : « *Le droit spécial sert en quelque sort de « laboratoire d'expérimentation » juridique. Certaines règles, dont la valeur a été éprouvée à l'occasion d'un contrat particulier, sont jugées comme méritant de déployer plus largement leurs effets* »[509].

[509] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.318

410. **Des similarités source de rivalités.** Or, si certaines de ces nouveautés sont directement inspirées du droit spécial développé en matière de contrats de distribution, elles ne se contentent pas de singer des textes existants. Les différentes dispositions de droit commun et de droit spécial par leurs similarités et leurs différences vont ainsi se concurrencer. Cette rivalité pourra parfois être forte lorsque les divergences seront importantes (re 1) mais sera en revanche parfois inexistante en raison d'objectifs communs (chapitre 2).

Chapitre 1 : Une rivalité forte en raison d'importantes divergences

411. **Des rivalités dès les premiers stades du contrat.** Il est possible de parler de rivalité forte lorsque les droits connaissent entre eux d'importantes différences voire des oppositions. La plupart des points de rivalité entre droit commun et droit spécial se retrouvent lors de la phase des négociations du contrat de sa conduite (section 1) jusqu'au résultat de celles-ci (section 2).

Section 1 : Une rivalité dans la conduite des négociations du contrat

412. **Rivalité dans l'utilisation des conditions générales.** Le nouveau droit commun des contrats a corrigé une lacune de l'ancien droit en faisant entrer en son sein les conditions générales de vente et d'achat. Ces documents ont au fil du temps pris une importance croissante au sein des relations d'affaires qui n'étaient jusqu'alors régies que par le Code de commerce au sein des pratiques restrictives de concurrence.

Ces pratiques, devenues de plus en plus encadrées, réduisent considérablement la liberté des acteurs économiques[510]. Le Code civil ne semble pas avoir repris la ligne directrice tracée par le droit spécial en proposant sa propre grille de lecture de la notion de conditions générales de vente et d'achat.

Dans la mesure où le droit commun et le droit spécial n'abordent pas la question des conditions générales de vente avec le même esprit (Paragraphe 1), il est indispensable de s'interroger sur l'articulation de ces droits autour de cette notion (Paragraphe 2).

[510] GRIMALDI (C.), « Que reste-t-il de la liberté contractuelle (à propos du titre IV du livre IV du code de commerce) ? », Recueil Dalloz, 2023, p.652 ; VOINOT (D.), « La négociation des contrats de la grande distribution », AJCA, 2016, p.316, l'auteur pose une question sérieuse à savoir, aujourd'hui « *Comment négocier quand on est fort ?* » en droit de la distribution.

Paragraphe 1 : Des divergences dans la communication des conditions générales de vente

413. **La preuve de la communication des conditions générales au sein du droit commun.** La toute première disposition du nouvel article 1119 du Code civil énonce que « *Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées* ». Les conditions générales de vente (CGV) sont en effet un instrument courant de la vie des affaires qui figure généralement dans un document distinct du contrat principal. La preuve de leur communication sera donc nécessaire à leur opposabilité. Cette solution ne fait que reprendre les solutions jurisprudentielles dégagées en la matière[511]. La preuve de la connaissance par son cocontractant est exigée strictement par les magistrats, puisqu'il a pu être notamment jugé que le simple fait d'entretenir des relations commerciales suivies ne permet pas de s'exonérer de l'obligation de vérifier si le cocontractant a bien eu connaissance des conditions générales qu'on souhaite lui voir appliquer.

414. **Une communication presque systématique au sein des contrats de distribution.** A l'inverse, le droit spécial fait presque de cette communication un automatisme. Il est important de noter que le droit des négociations commerciales a pour objectif, depuis la loi Galland et les multiples loi « Egalim », d'équilibrer les négociations commerciales et plus particulièrement la relation fournisseur/distributeur. Le Code de commerce encadre les négociations commerciales par un formalisme de plus en plus poussé. La relation fournisseur/distributeur connait par exemple un traitement spécifique obligeant le fournisseur à transmettre ses CGV au distributeur[512].

Il est ainsi prévu que le fournisseur transmette ses conditions générales de vente au distributeur dans un délai raisonnable avant le 1er mars de chaque année[513]. Si la convention du fournisseur porte sur des produits de grande consommation, il est tenu par un délai encore plus contraignant de fourniture des CGV trois mois avant le 1er mars[514].

[511] Cass .civ, 1er, 28 mars 1995, n° 93-13.237 ; Cass.com, 3 décembre 1996, n°94-21.796
[512] VOINOT (D.), « La négociation des contrats de la grande distribution », AJ Contrats d'affaires, 2016, p.316
[513] Art. L441-3, C.com. Loi 2023-221, promulguée le 30 mars 2023
[514] Art. L441-4, C.com. Loi 2023-221, promulguée le 30 mars 2023

415. **Des différences entre droit commun et droit spécial en matière de sanction**. En ce qui concerne le manquement à la communication des CGV, il se trouve aujourd'hui sanctionné en droit de la concurrence par une amende administrative. Si cette sanction se distingue du droit commun qui n'en prévoit aucune, elle n'échappe pas à certaines critiques. D'une part, parce qu'elle permet de condamner sans jugement préalable alors même que ce type de contentieux nécessite souvent des connaissances précises en la matière. D'autre part, parce que son mécanisme confie au juge administratif « *tout un pan du droit des affaires* »[515]. Lors de l'élaboration de la loi, le rapport fait au président la République justifiait la substitution des sanctions civiles par des sanctions administratives pour un souci d'efficacité et de célérité. Pour autant, cette justification ne semble globalement pas convaincre les professionnels et la doctrine[516].

416. **Propos conclusifs.** Le nouveau droit commun et le droit spécial n'abordent pas de la même manière la communication des conditions générales ainsi que la sanction de l'absence de transmission. Ils n'envisagent pas non plus de la même façon le traitement du règlement des conflits entre conditions générales de ventes et d'achat.

Paragraphe 2 : Le règlement des conflits entre conditions générales de ventes et d'achat

417. **Plan.** Si le droit spécial affirme la prévalence des conditions générales de vente sur les conditions d'achat (I.), il n'empêche pas la survenance d'opposition entre les conditions générales des parties (II.).

I. L'avantage des conditions générales de vente par comparaison aux conditions d'achat

418. **La hiérarchisation entre conditions générales de vente et d'achat en droit commun et droit spécial.** Le nouveau droit commun des contrats ne fait aucune distinction entre conditions de ventes et d'achat au sein de l'article 1119 du Code civil. Le nouvel article traite indifféremment les deux types de conditions et se contente d'évoquer les « *conditions*

[515] GRIMALDI (C.), « Que reste-t-il de la liberté contractuelle (à propos du titre IV du livre IV du code de commerce) ?, Dalloz, 2023, p.652
[516] VOGEL (L.), « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », AJ contrat, 2019, p.208

générales » au sein de ses dispositions. A l'inverse, l'article L441-1 III du Code de commerce prévoit que « *Dès lors que les conditions générales de vente sont établies, elles constituent le socle unique de la négociation commerciale* » et fait de ce socle le point de départ des négociations commerciales. Ce concept a été introduit par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 afin d'empêcher le distributeur de rejeter en bloc les conditions générales de vente de son fournisseur. Par ailleurs, la portée de ce texte ne se limite pas au secteur de la grande distribution puisqu'il a vocation à s'appliquer plus largement à l'ensemble des professionnels. Ce texte confère aux conditions générales de vente une primauté tant au démarrage des pourparlers qu'à leur issue. En effet, en l'absence d'acceptation expresse des conditions générales d'achat au sein d'une convention récapitulative, il conviendra de s'appuyer sur les conditions générales de vente du vendeur[517].

419. **Transition.** Pour autant, alors que le législateur tente de donner un avantage aux conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat, les parties restent libre de négocier comme elles le souhaitent les conditions encadrant leur accord.

II.Le traitement des oppositions entre les conditions générales de chacune des parties

420. **La confrontation des conditions générales de chaque partie.** Au sein des relations d'affaires, il n'est pas rare que chaque partie s'appuie sur ses conditions générales lors de la conclusion du contrat et les transmette à son cocontractant. Cet état de fait n'est pas problématique lorsque les clauses des documents s'accordent voire se complètent. La difficulté survient lorsque les conditions générales des parties proposent des solutions différentes sur des questions communes (A) ou, pire encore, lorsque ces clauses sont contradictoires[518] (B) et enfin quand les conditions générales rencontre des conditions particulières (C).

A) Des conditions générales solutionnant différemment des problématiques communes

421. **La primauté des conditions générales de vente.** Dans cette hypothèse, les clauses ne vont pas être en contradiction mais vont traiter avec une intensité différente des problématiques

[517] ERESEO (N.), « Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations » in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne 2017, p. 363 et s
[518] FAGES (B.), PLANCKAERT (H.), *Le Lamy des contrats*, mis à jour le 06/2022, n°480 « Conflit entre conditions générales et autres documents ».

communes. A titre d'exemple, les deux conditions générales peuvent proposer des durées de garantie différentes ou bien encore un transfert des risques dans une temporalité distincte. Quelles conditions générales doivent primer ? Il semblerait logique, intuitivement, de faire primer les conditions générales de vente. Selon l'adage *specialia generalibus derogant*, les règles spéciales dérogent aux règles générales et le droit commercial a consacré la primauté des conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat en faisant des premières le socle unique des relations commerciales.

422. **Le recours aux conditions générales d'achat.** Pour que l'acheteur puisse faire prévaloir une ou plusieurs des clauses de ses conditions générales sur celle du vendeur, il sera indispensable que celle(s)-ci ai(en)t été expressément acceptée(s) par ce dernier. De plus, conformément aux exigences de l'article L441-3 du Code de commerce[519], elles devront le cas échéant figurer au sein de la convention récapitulative conclue entre le fournisseur et le distributeur. En pareille hypothèse, l'acheteur ne saurait en effet se contenter de fournir ses conditions générales d'achat à son cocontractant pour espérer se les voir appliquer.
Si cette solution ne semble pas poser de difficultés particulières, la réponse est moins évidente lorsque les clauses du contrat se contredisent.

B) Des conditions générales de vente et d'achat discordantes

423. **La discordance entre les conditions générales des parties.** La présence d'une discordance entre les conditions générales des parties est naturellement plus problématique. En effet, en fonction des conditions générales qui seront retenues, la solution dégagée pourra être diamétralement opposée à celle prévue par son cocontractant.
Le nouveau droit commun s'est emparé de cette potentielle source de litige et a inséré au sein de l'article 1119 du Code civil un alinéa prévoyant qu'« *en cas de discordance entre les conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet* »[520]. Le Code civil n'innove pas et ne fait que reprendre dans son texte une jurisprudence à droit constant[521].
Le terme de « discordance », peut laisser supposer qu'un « simple défaut d'harmonie » des clauses pourrait provoquer une incompatibilité. Pour autant, au regard de l'importance des

[519] Art. L441-3, C.com, Loi n°2023-221 promulguée le 30 mars 2023
[520] Art. 1119, C.civ, Loi n°2016-131 promulguée le 10 janvier 2016
[521] Cass.com, 3 décembre 1996, n°94-21.796 ; Cass.com, 10 janvier 2012, n°10-24.847

conséquences de cette discordance, qui annihile leurs effets, il sera nécessaire qu'elles soient marquées par une véritable opposition les rendant inconciliables[522].

424. **Articulation des textes de droit commun et droit spécial.** Cette nouvelle disposition du droit commun des contrats interroge sur son articulation avec le droit spécial. En cas de litige entre un fournisseur et un distributeur – chacun entendant faire prévaloir une clause de leurs conditions générales, totalement incompatibles – faut-il faire prévaloir les conditions de vente du vendeur, sous prétexte qu'elles constituent le socle unique des négociations et qu'elles priment sur les conditions d'achat ? Ou faut-il appliquer le droit commun des contrats et considérer que ces clauses sont sans effets ?

425. **Des premiers éclaircissements sur l'articulation des droits.** Si la question n'a pour le moment pas été tranchée par les juges de la Cour suprême, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 juin 2021[523] a retenu qu'« *en présence de conditions générales, dont des stipulations essentielles ne sont pas compatibles entre elles, il convient de considérer qu'elles s'annihilent les unes les autres qu'aucune condition générale n'est applicable* ». Les faits de l'espèce opposaient un fabricant (acheteur) qui subissait de nombreux retards de la part de son fournisseur (vendeur) en matière première. Au cours de leurs échanges, l'acheteur a transmis ses conditions générales d'achat et le vendeur a accusé réception de la commande en joignant ses propres conditions générales de vente.
La Cour d'appel n'a pas retenu le motif invoqué par le vendeur qui s'appuyait sur l'article L441-1 du Code de commerce pour faire prévaloir ses conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat de son cocontractant.
Pour justifier sa position, la Cour d'appel semble s'appuyer sur « l'esprit » du texte de l'article L441-1 du Code de commerce. La vocation de ce texte ne serait pas d'évincer automatiquement toutes conditions générales d'achat qui feraient face à des conditions générales de vente mais d'empêcher que l'acheteur puisse rejeter en bloc les conditions générales du vendeur sans négociation possible. Une telle neutralisation des conditions générales du vendeur par un

[522] GHESTIN (J.), GROSSER (P.), HOUTCIEFF (D.), LOISEAU (G.), SERINET (Y-.M.), VIRASSAMY (G.), « Contrats et obligations – Droit des contrats- Chronique », La semaine juridique Edition Générale n°7, 18 février 2019, doct. 183
[523] CA, Paris, 17 juin 2021, n°17/05445

acheteur imposant ses conditions dans les négociations pourrait constituer une pratique restrictive créant un déséquilibre significatif[524].

426. **La nécessaire acceptation des conditions générales.** Ainsi, en droit de la distribution, le socle unique des conditions générales de vente n'est qu'un point de départ des discussions[525]. Pour que des conditions générales soient valablement applicable aux parties, il faut qu'elles aient été acceptées. L'idée est de toujours favoriser la commune intention des parties.

427. **Une possible explication du raisonnement des juges.** Selon le professeur Goldie-Genicon, pour déterminer si une règle spéciale évince une règle générale, il faut vérifier trois critères :

- il faut qu'un concours opposant les deux normes existe ;
- la règle spéciale doit être dérogatoire et apporter une exception à la règle générale ;
- la nature dérogatoire de la règle spéciale justifie qu'elle ne soit applicable que dans son strict domaine d'application. En dehors de sa sphère de compétence, la norme générale doit retrouver toute sa force[526].

Sur les bases de cette analyse de l'adage, il conviendrait d'estimer que le troisième critère ferait défaut puisque l'article L441-1 du Code de commerce ne viserait que l'impossibilité pour l'acheteur de rejeter en bloc les conditions générales du vendeur. La Cour d'appel aurait ainsi eu raison de soutenir le recours à l'article 1119 du Code civil et ne pas privilégier les conditions générales de vente.

428. **L'attente nécessaire de la position des juges de la Cour de cassation.** Pour autant, cette interprétation, réduirait sensiblement l'intérêt et la force de la notion du « socle unique de négociation »[527]. En effet, pour de nombreux auteurs, la prévalence des conditions générales de vente devrait normalement s'étendre du démarrage jusqu'à l'issue des pourparlers. Ainsi, faute d'acceptation expresse des conditions générales d'achat au sein d'une convention

[524] FAGES (B.), PLANCKAERT (H.), *Le Lamy des contrats*, mis à jour le 11/2022, n°2374 « La notion de « socle de négociation », outil de résolution des conflits entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat ».
[525] ROBIN (C.), « Conditions de vente », Dictionnaire de la concurrence, Concurrences, art n°107167 ; FERRIER (N.), « Concurrence-Distribution », Recueil Dalloz, 2022, p.725 et s.
[526] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.470 et s.
[527] FERRIER (N.), Concurrence-Distribution, Recueil Dalloz, 2022, p.725 et s.

récapitulative, les conditions générales de vente étaient supposées toujours primer[528]. De plus, un avis de la CEPC rendu le 16 juin 2016 sur l'ordre de prévalence des documents contractuel dans une vente soutenait que les conditions générales d'achat ne pouvaient s'appliquer « *qu'à défaut de CGV du vendeur, ou, si d'un commun accord entre les parties, celles-ci ont été écartées par les parties au profit des conditions générales d'achat du client, ou encore si elles complètent utilement les CGV* »[529].

Il faudra patienter pour voir si les juges de la Cour suprême reprendront l'analyse de la Cour d'appel de Paris à leur compte pour faire chuter les conditions générales de vente de leur piédestal.

C) Des conditions générales face aux conditions particulières

429. **L'articulation entre conditions générales et particulières.** L'opposition entre conditions générales et conditions particulières est le dernier cas de résolution des conflits envisagé à l'alinéa 3 de l'article 1119 du Code civil. Il reprend les solutions prétoriennes existantes[530], en prévoyant qu'en cas de discordance entre ces deux types de conditions, ce sont les conditions particulières qui doivent l'emporter. La jurisprudence appliquait principalement ce principe en matière de droit des assurances et, par cet article, le Code civil en fait un principe général. Ce principe est directement inspiré de l'adage *specilia generalibus derogant* [531].

430. **La nécessaire connaissance des conditions particulières pour leur invocabilité.** Contrairement aux conditions générales de vente, le Code de commerce ne soumet pas les conditions particulières à une obligation de communication[532].

Ces conditions particulières doivent normalement figurer à l'intérieur d'une convention récapitulative s'il est souhaité qu'elles intègrent le champ contractuel des parties[533]. Les

[528] SEUBE (J-.B.), MOUSSERON (P.), GRIGON 5Ph.), LOIR (R.), « Contrat – Technique contractuelle- Chronique », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires ,N°24, 16 juin 2016, p.1363 ; ERESEO (N.), « Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations » in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne 2017, p. 363 et s

[529] CEPC, avis n°16-11, 16 juin 2016

[530] Cass.civ, 17 juin 1986, n° 84-14.717 ; Cass.com, 6 décembre 2005, n°03-19.750 ; Cass.civ, 2e, 4 octobre 2018, n°17-20.624

[531] CERVEAU (B.), « Les dispositions spéciales dérogent aux générales », Gazette du palais, 5 mars 2019, n°343h4, p.64.

[532] Art. L441-1, C.com, Loi n°2019-359, promulguée le 24 avril 2019.

[533] Art L441-4, C.com, Loi n°2023-221 promulguée le 30 mars 2023

conditions particulières de l'acheteur simplement portées à la connaissance du vendeur pourront-elles lui être opposables ?

La question rejoint la problématique précédente du socle unique des négociations. Si les conditions particulières de l'acheteur contredisent les conditions générales du vendeur, pourront-elles être retenues ? En suivant la logique vue précédemment, le droit commercial ne constituerait le socle unique que pour éviter le rejet des conditions générales de vente sans discussion. Des conditions particulières non signées pourraient ainsi être retenues à condition que celui qui souhaite les voir appliquer soit en mesure de prouver que la partie adverse en avait pris connaissance et les avait acceptées.

431. **Des incertitudes.** Pour autant, en procédant par analogie, telle n'est pas la logique qui a été retenue jusqu'alors en droit des assurances[534] et, d'une manière plus globale, dans toutes les circonstances la loi et la jurisprudence semblent chercher avant toute chose à privilégier la commune intention des parties. Dans cette optique, si neutraliser des conditions en opposition paraît une solution opportune puisqu'elle pousse les parties à s'entendre en amont sur l'applicabilité de leurs conditions générales, à l'inverse, privilégier des conditions spéciales non signées s'opposerait à cette idée.

Il faut espérer que la Cour de cassation dégage à l'avenir une solution claire pour justifier l'articulation entre le droit spécial et le droit commun des contrats et préciser l'étendue de la portée de la notion de « socle unique de référence » des conditions générales de vente.

Section 2 : Une rivalité dans le résultat des négociations du contrat

432. **La réaffirmation de l'interdiction du contrôle du prix du contrat en droit commun.** Le prix est un des éléments essentiels du contrat. Dans les relations d'affaires, notamment, il sera souvent une des préoccupations centrales des contractants. Pour cette raison, il paraît cohérent que la fixation de son montant se retrouve entre les mains des parties. Selon le dogme de l'autonomie de la volonté, le juge est tenu de respecter leurs volontés et ne pas venir la dénaturer[535]. Ainsi, historiquement, la lésion dans le droit commun des contrats n'a-t-elle été admise que de manière particulièrement étroite, afin de venir corriger des déséquilibres

[534] ASSELAIN (M.), « Des conditions particulières non signées sont-elles opposables à l'assuré ? », Revue générale du droit des assurances, n°08-09, 1 septembre 2014, p.435 dans cet arrêt rendu le 3 juillet 2014 la Cour de cassation allait jusqu'à exiger la signature pour que la partie puisse invoquer son opposabilité.

[535] MESTRE (J.), « D'un certain contrôle judiciaire des prix contractuels », RTD civ, 1994, p.346

manifestes[536]. L'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, s'inscrit dans une continuité de cette logique de déni de la lésion, en refusant que le défaut d'équivalence des prestations puisse être une cause de nullité du contrat[537].

433. **Une position en opposition avec le droit spécial des contrats**. L'évolution du droit spécial entourant les contrats de distribution tend à permettre aux juges un contrôle du prix toujours plus poussé, donnant presque l'impression d'assister désormais à un « contrôle généralisé de la lésion »[538]. Il existe ainsi une claire opposition entre un droit commun qui refuse le concept de lésion et un droit spécial qui semble l'accueillir et l'embrasser un peu plus à chaque nouvelle réforme.
Cette rivalité va être marquée à la fois dans la fixation initiale du prix (Paragraphe 1), mais également dans ses évolutions au cours de la vie du contrat (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une rivalité dans le contrôle de la fixation du prix initial au sein du contrat

434. **Une opposition entre droit commun et droit spécial dans le contrôle du prix opéré par le juge.** Le législateur organise un contrôle du prix au sein des contrats de distribution (I.). Cette possibilité croissante d'intervention du juge dans la fixation du prix au contrat est totalement en opposition avec la philosophie du droit commun qui a toujours fait du prix la chose des parties. En dehors de l'hypothèse particulière de la lésion immobilière, le juge de droit commun n'a pas à vérifier le prix convenu (II.).

I. Un contrôle du prix de plus en plus poussé en droit de la distribution

435. **Vers un contrôle croissant du prix par les juges via le droit spécial.** Le juge s'est d'abord autorisé à contrôler timidement le prix au sein des contrats de distribution en faisant usage de la notion de déséquilibre significatif (A) pour le faire ensuite de manière plus marquée en remettant en lumière une notion de droit spécial presque oubliée : la contrepartie (B).

[536] Ancien Art. 1118, C. Civ. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
[537] Art. 1168, C.Civ. Loi 2016-131 promulguée le 10 février 2016
[538] GRIMALDI (C.), « Vers un contrôle généralisé de la lésion », Recueil Dalloz, 2019, p.388

A) La reconnaissance du contrôle judicaire du prix par le déséquilibre significatif

436. **Un contrôle du prix par l'intermédiaire du déséquilibre significatif.** Précédemment, il a pu être observé que le droit spécial avait déjà opéré un tournant dans son contrôle du prix opéré par le juge. Dès un arrêt « Eurochan » du 3 mars 2015, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait conféré aux juges la possibilité de reconnaître un déséquilibre significatif sur une clause relative à la détermination du prix[539].

Par la suite, l'arrêt Galec du 25 janvier 2017[540] a admis que le contrôle judiciaire du prix pouvait se fonder sur l'ancien article L442-2,I, 2° du Code de commerce. Il est intéressant de noter que, dans cet arrêt, les juges avaient pris soin de justifier leur décision en essayant de limiter sa portée au domaine de la grande distribution[541]. En effet, la Cour avait insisté sur l'importance de la convention écrite de l'article L.441-7 du Code de commerce dans son appréciation du déséquilibre significatif. Cependant la convention annuelle visée par l'article L.441-7 du Code de commerce prévoit d'être applicable à une typologie de professionnels de plus en plus étendue (industriel, producteur, importateur…)[542] augmentant par la même occasion la portée du contrôle du prix autorisé par cet arrêt.

Enfin, la question de la constitutionnalité de cet arrêt a été posée au Conseil constitutionnel au moyen d'une QPC qui y a répondu de manière positive, provoquant les premières véritables secousses d'un séisme à venir[543].

437. **Un contrôle limité par la difficulté de mise en œuvre du déséquilibre significatif.** Beaucoup d'auteurs furent surpris de la reconnaissance de ce pouvoir accordé aux juges, leur permettant de revenir sur un prix convenu ayant été négocié entre les parties. Pourtant, nombreux sont ceux qui s'accordent à penser que le germe du contrôle judiciaire du prix était dans la logique initiale du législateur lors la création de l'article L442-2,I, 2°[544]. A partir de

[539] V. supra n°239

[540] Cass.com, 25 janvier 2017, n°15-23.547

[541] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Concurrence – Le Conseil constitutionnel instaure le contrôle des prix à la française ! A propos de la décision n°2018-749 QPC du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2018 », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°50, 2018, p.1638

[542] GRALL (J.-C.), BELLONE (C.), « Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L.441-7 et L.441-7-1 du code de commerce », Revue Lamy de la concurrence, n°53, 2016

[543] Cons.const, 30 novembre 2018, n°2018-749 QPC

[544] CHAGNY (M.), « Le domaine d'application de la règle sur le déséquilibre significatif : le flux et le reflux ? », RTD com., 2017, p.593 ; FERRE (D.), Des précisions sur l'appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L442-6, I ? 2° du Code de commerce, AJ contrat 2017, P.132 ; LE GAC-PECH (S.), « L'étoffe du droit des pratiques

cette décision, des craintes ont émergé de voir le juge capable de contrôler le niveau des prix dans tous les contrats de distribution[545]. Pour autant, cette reconnaissance de la lésion en droit commercial était compensée par un garde-fou : la difficulté de remplir les conditions nécessaires pour invoquer le déséquilibre significatif, notamment celle de la soumission[546].

438. **Un contrôle limité par le seuil de déclenchement du déséquilibre significatif.** Pour qu'un déséquilibre significatif soit constaté, il est nécessaire qu'il existe au sein du contrat une disproportion manifeste. Le fournisseur, qui domine souvent le jeu face à l'acheteur ou au distributeur plus petit ou moins puissant pourra donc essayer de tirer profit de sa position dans la limite de l'abus. Il est intéressant de noter que, pour contrer ce type de pratique, le droit spécial a développé une nouvelle forme de contrôle du prix par le biais des clauses de renégociation et de variation automatique des prix. Ainsi, les articles L441-8 et L443-8 du Code de commerce ont permis d'ajouter un autre niveau de protection dans le domaine sensible des produits agricoles et alimentaires. L'avantage que présentent ces clauses réside dans le fait qu'elles pourront jouer dès que le critère prévu pour leur déclenchement est satisfait. Elles permettront d'ajuster le prix en fonction de l'évolution des coûts, notamment des matières premières. Cela permet au fournisseur de répercuter les hausses de coûts sur le distributeur ou l'acheteur. Il est intéressant de noter que, contrairement au déséquilibre significatif de droit spécial ou de droit commun qui aura tendance à souvent protéger l'acheteur ou le distributeur, les clauses de révision de droit spécial vont davantage protéger le fournisseur.

439. **Conclusion.** Le juge s'est autorisé à contrôler le prix via la notion de déséquilibre significatif. Ce contrôle demeurait limité puisqu'il existait un garde-fou : la difficulté de satisfaire les conditions nécessaires à son invocabilité dont notamment son seuil de déclenchement. En revanche, la reconnaissance du contrôle judiciaire du prix par la figure

---

restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°10, 2017, p.1135

[545] GRIMALDI (C.), « Le contrôle du prix dans les contrats de distribution : contrôle de l'évolution ou du niveau des prix ? », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°01, 2019, p.4 ; GRIMALDI (C.), « Le contrôle du prix, à l'aune de l'article L442-6, I, 2°, du Code de commerce est-il conforme à la Constitution ? », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°10, 2018, p.1 ; MATHEY (N.), « Déséquilibre significatif – Le Conseil constitutionnel valide le contrôle judiciaire du prix », Contrats Concurrence Consommation, n°2, 2019, comm 23, « *le Conseil constitutionnel ouvre ainsi la voie à un large pouvoir judiciaire de contrôle des prix et plus particulièrement de l'adéquation des prix aux biens et services. S'il n'est sans doute pas opportun de refuser au juge toute intervention dans le contrat, il est un domaine dans lequel la prudence devrait rester la règle : le prix* ».

[546] BEGAR-TOUCHAIS (M.), « Le contrôle des prix après la décision du Conseil constitutionnel et le principe de légalité des délits et des peines », Revue des contrats, n°01, 2019, p.68

juridique de droit spécial de la contrepartie allait donner aux juges un pouvoir d'intervention encore plus grand.

B) La reconnaissance du contrôle judiciaire du prix par la contrepartie

440. **Enrichissement du droit spécial et accroissement du contrôle.** L'évolution de ce contrôle s'est opérée en deux temps : la notion de contrepartie a d'abord connu des modifications à la suite d'une réforme des pratiques restrictives de concurrence (1), pour voir ensuite les juges s'arroger la possibilité d'utiliser cet article assez largement (2).

1) Un contrôle rendu possible par l'évolution législative de la notion de contrepartie

441. **L'autorisation du contrôle de la contrepartie.** L'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 a une nouvelle fois porté réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce. L'article L442-6, I, 1°[547] a ainsi fait place à un nouveau texte, l'article L442-I, 1° qui condamne le fait « *D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* ». Alors que l'ancien article L442-6, I, 1° était limité aux services, la rédaction du nouveau texte a ainsi étendu à un contrôle généralisé du prix dans le contrat.

442. **Un contrôle étendu de la contrepartie.** La volonté d'une vaste application de l'article ne s'arrête pas là puisque l'auteur de la pratique est passé de « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée* » à « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* » et la victime d'« *un partenaire commercial* » à « *l'autre partie* ». Cette réécriture du texte peut laisser penser que le législateur souhaite étendre son application au-delà de la seule sphère du droit de la distribution, montrant l'influence de ce droit sur le reste du droit des contrats. Cette expansion signifie également davantage de potentielles zones de conflits avec le droit commun des contrats[548].

[547] Art. L442-6, C.Com. Loi 2016-1691 promulguée le 11 décembre 2016 « *D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* »

[548] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Déséquilibre significatif et avantage sans contrepartie : le nouvel article L442-1 du Code de commerce », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°06, 2019, p.4

443. **Vers un contrôle du prix par le biais de la notion de contrepartie ?** Le texte n'interdit plus aux juges de contrôler que le prix consenti par l'une des parties soit justifié par une contrepartie suffisante, ce qui reviendrait à un contrôle judiciaire du prix, tout comme cela a été fait avec le déséquilibre significatif.
Une différence de taille existerait cependant entre les deux fondements, puisque le déséquilibre significatif impose avec exigence que soit démontrée « la soumission » de la partie victime du déséquilibre, ce qui n'est pas le cas pour l'article L442-1, 1°[549].

444. **Les raisons du choix de la notion de contrepartie pour le contrôle du prix.** Cette évolution d'un élargissement de la notion de contrepartie pouvait surprendre alors que le Conseil constitutionnel avait reconnu le contrôle judiciaire du prix. Dans la mesure où tout service sans contrepartie ou avec un prix disproportionné entraient dans la définition du déséquilibre significatif, le maintien du 1° de l'article L442-6 ne se justifiait plus[550]. Cette évolution légale semble pourtant parfaitement réfléchie, puisque débarrassée du critère de la soumission, la notion de contrepartie donne un outil puissant de poursuite dans les mains du ministre et de contrôle dans celles des juges.

2) Un contrôle rendu possible par l'évolution jurisprudentielle de la notion de contrepartie

445. **La validation de la constitutionnalité du nouveau texte sur la notion de contrepartie.** A la suite de la nouvelle rédaction de l'article L442-1, I, 1° du code de commerce, la Cour de cassation transmettra une question prioritaire de constitutionnalité posée par le tribunal de commerce de Paris[551]. La constitutionnalité de ce nouveau texte était en question puisque l'absence d'exigence du critère de la soumission pouvait porter une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et d'entreprise[552].

[549] BUY (F.), « La [décevante] réforme du droit des relations commerciales », Recueil Dalloz, 2019, p.1122 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La réforme du titre IV du lit IV du Code de commerce », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°29, 2019, p.1361 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », Revue des contrats, n°04, 2019, p.41
[550] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », Revue des contrats, n°04, 2019, p.41
[551] Com. 7 juillet 2022, n° 22-40.010
[552] Cons.const, 6 octobre 2022, n°2022-1011 QPC

Le Conseil constitutionnel a confirmé la constitutionnalité de ce texte en reprenant presque à l'identique la motivation qu'il avait employée pour confirmer le contrôle judiciaire du prix par le biais du déséquilibre significatif[553].

446. **Le critère de la soumission n'est pas requis en matière de contrepartie.** De nombreux auteurs espéraient que les juges viennent limiter leur pouvoir de contrôle sur le fondement de cet article[554] et craignaient que le Conseil constitutionnel n'ait ouvert une nouvelle boîte de pandore[555]. Pour cela, il convenait de patienter pour voir quelle serait la future position que prendrait la Cour de cassation sur cette notion.

Cette position fut prise au début de l'année 2023. A l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 4 novembre 2020, les juges ont eu à se prononcer sur un possible contrôle judiciaire du prix sur le fondement de l'ancien article L 442-6, I, 1° qui serait donc totalement transposable au nouvel article L442-1, I, 1° du code de commerce. Les juges décidèrent que l'article L442-6, I, 1° ne s'appliquait pas aux réductions de prix au motif que « *lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, son contrôle judiciaire ne s'effectue pas en dehors du déséquilibre significatif, au sens de l'article L442-6, I, 2° du Code de commerce* »[556]. La Cour semblait ainsi affirmer que le critère de la preuve de la soumission était indispensable pour autoriser un contrôle judicaire du prix[557].

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation va censurer la décision de la Cour d'appel et préciser que « *l'application de l'article L442-6, I, 1° du Code de commerce exige seulement que soit constatée l'obtention d'un avantage quelconque ou la tentative d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, quelle que soit la nature de cet avantage* »[558].

---

[553] FERRIER (N.), « Concurrence – Distribution », Recueil Dalloz, 2023, p.705

[554] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le contrôle judiciaire du prix ne s'effectue pas en dehors du déséquilibre significatif », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence n°02, 2021, p.2, l'auteur espérait « une volonté des juges d'exiger de manière prétorienne la condition de soumission, même sur le fondement du nouveau texte (L442-1, I, 1°) »

[555] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le Conseil constitutionnel a-t-il tué la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ? », L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence, n°10, 2022, p.4 ; WILHELM (P.), DUMUR (E.), « Concurrence – La constitutionnalité des pratiques restrictives. – A propos de la décision n°2022-1011 QPC du 6 octobre 2022 », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°51-22, 2022, p.1414 « *les Sages de la rue Montpensier renforcent indirectement la portée d'une des dispositions phares du Code de commerce, et clarifient les débats quant à sa validité* »

[556] CA Paris, ; Chambre 5-4, 4 novembre 2020, RG n°19/09129

[557] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le contrôle judiciaire du prix ne s'effectue pas en dehors du déséquilibre significatif ! », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°02, 2021, p.2

[558] Cass.com. 11 janvier 2023, n°21-11.163

447. **La confirmation d'un renouveau de la notion de contrepartie.** Le principal enseignement de cet arrêt est que la Cour estime que les juges du fond ont écarté injustement un possible contrôle des avantages tarifaires par le biais de l'article L442-6, I, 1°. Les notions de déséquilibre significatif et d'avantage sans contrepartie sont différentes et la première ne saurait englober l'autre, comme le laissaient entendre les juges du fond[559].

Surtout, les juges de la Cour suprême en utilisant l'adverbe « seulement » insistent sur le fait que le critère de la « soumission », contrairement au déséquilibre significatif, n'est pas requis pour un avantage sans contrepartie.

Cette nouvelle décision ouvre un champ des possibles prodigieux pour le nouvel article L442-1, I, 1° du Code de commerce. L'avantage sans contrepartie introduit il y a plus de vingt ans dans le Code de commerce et resté dans l'ombre du déséquilibre significatif est peut-être en passe de devenir le nouvel instrument phare de contrôle des juges[560].

448. **Un contrôle élargi du prix critiquable.** Si cette expansion du contrôle du prix par le juge dans les contrats de distribution est accueillie favorablement par certains auteurs[561] qui y voient le meilleur moyen d'apprivoiser la problématique complexe des contrats déséquilibrés, elle est également source de nombreuses critiques. Intuitivement, il peut paraître juste d'essayer de rendre son autonomie à un commerçant qui ne possède pas de réelle liberté et est obligé d'accepter des clauses qui le désavantagent. Pourtant, la protection de l'autonomie des uns a pour conséquence de rigidifier le droit de la concurrence en multipliant les règles contraignantes

[559] PEREZ (P.), « « Avantage sans contrepartie » et contrat de sous-traitance : nouvelles précisions », Dalloz actualité, 2023 « *il a été souligné qu'en dépit de leur proximité (du déséquilibre significatif et de la notion de contrepartie) leur fonction respective peut maintenir les frontières de ces deux dispositifs, complémentaires* »

[560] DISSAUX (N.), LOIR (R.), « Avantage sans contrepartie : en avant toute ! », Recueil Dalloz, 2023, P.485 « *L'avantage sans contrepartie prendrait-il enfin son envol ? Introduite au sein du code de commerce il y a plus de vingt ans, la notion a jusqu'alors été injustement reléguée au second plan par les « stars » du droit des pratiques restrictives de concurrence que sont le déséquilibre significatif et la rupture brutale des relations commerciales établies.* »; FERRIER (N.), « Concurrence – Distribution », Recueil Dalloz, 2023, p.705 « *sur l'appréciation de l'équilibre économique, le 2° risque fort d'être délaissé au profit du 1°, plus favorable à la victime qui n'a pas à démontrer la soumission.* »

[561] DISSAUX (N.), LOIR (R.), « Avantage sans contrepartie : en avant toute ! », Recueil Dalloz, 2023, P.485 ; BUY (F.), « Oui au contrôle judiciaire du prix ! », AJ contrat, 2019, p.29

et fausser le libre jeu de la concurrence[562]. A cela s'ajoute le fait qu'il n'est pas certain que tous les mécanismes redonnent réellement de l'autonomie à la partie protégée.[563]

En outre, il est difficile d'imaginer que le juge soit le meilleur pour décider du prix dans le contrat. Il n'est pas certain que le juge puisse être techniquement le plus habilité à évaluer des problématiques complexes pour lesquelles il n'a pas été formé[564]. Comment alors pourrait-il être légitime d'en définir le prix ? Il faut garder à l'esprit qu'une telle prérogative présente le risque d'effrayer les acteurs économiques, qui ne souhaiteront pas voir le juge français s'immiscer dans leurs affaires. Une possible désertion de notre droit par les sociétés internationales pourrait alors être à craindre[565].

Cependant, le catastrophisme n'est pas encore de mise et il conviendra d'attendre de voir ce que les juges feront de ce pouvoir important qui leur a été donné[566].

---

[562] JENNY (F.) « Le régime juridique des pratiques restrictives de concurrence, en question : Concurrences, 2019, art 89449, « *le souci illusoire de contrôler les rapports de force dans la négociation commerciale entre producteurs et distributeurs a conduit à une inflation de mesures contraignantes dont l'efficacité n'est pas démontrée et qui limitent ou faussent le jeu de la concurrence* »

[563]BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les nouvelles protection de l'autonomie du commerçant dans la concurrence », Contrats Concurrence Consommation, n°6, 2019, dossier 2, « *La tentative de protection de l'autonomie des uns s'est donc faite au détriment de l'autonomie des autres. La protection autoritaire de l'autonomie a donc d'abord un coût car elle a été essentiellement liberticide et encore, on pourrait l'admettre si cela avait vraiment redonné de l'autonomie à ceux qui en manquaient ! Mais il n'en est rien. L'autonomie imposée est une imposture, un mirage. Le contractant dont le droit veut protéger l'autonomie restera sous tutelle, sauf qu'au lieu d'être assujetti à son partenaire commercial, il sera sous la tutelle du juge et/ou de l'administration économique* ».

[564] MATHEY (N.), « Déséquilibre significatif – Le Conseil constitutionnel valide le contrôle judiciaire du prix », Contrats Concurrence Consommation, n°2, 2019, comm 23, « *N'est-ce pas précisément ce que l'exclusion de principe de la lésion mobilière tendait à éviter ? N'est-ce pas l'origine de toutes les difficultés rencontrées dans la recherche d'un juste prix (F.-A. Hayek, préc.) ? Dès lors que les transactions sont loyales, comment le juge peut-il prétendre substituer son appréciation à celle des parties ? Le juge n'a pas réellement les moyens de procéder à cette évaluation ; il n'a pas les informations nécessaires, ni les outils, notamment économiques, pour opérer un tel travail. La détermination du prix adéquat est une décision bien trop ouverte pour qu'elle puisse être confiée au juge* »

[565] PARLEANI (G.), « Un droit des contrats qui fait tout pour qu'on le fuie », AJ contrats, 2019, p.149 ; GRIMALDI (C.), « Vers un contrôle généralisé de la lésion », Recueil Dalloz, 2019, p.388 « *il convient de rassurer les acteurs en défendant expressément au juge de se livrer à un « contrôle du niveau des prix » au titre du droit des pratiques restrictives. Que le juge contrôle le déséquilibre juridique (les prérogatives et les devoirs) s'entend. Qu'il refasse l'échange des parties en contrôlant le déséquilibre économique constituerait une intolérable atteinte à la Liberté !* »

[566] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Concurrence – Le Conseil constitutionnel instaure le contrôle des prix à la française ! A propos de la décision n°2018-749 QPC du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2018 », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°50, 2018, p.1638, en ce sens, le professeur Behar-Touchais disait déjà en 2018 à propos de la reconnaissance du contrôle judiciaire du prix par le déséquilibre significatif : « *Il ne faut certes pas dramatiser. Les juges ne vont pas se mettre à remettre en cause tous les prix appliqués dans les relations commerciales. Ils n'en ont ni le temps, ni certainement l'envie. Cette décision vient de leur donner un grand pouvoir, sans l'encadrer. Mais il faut espérer que les juges auront conscience de l'importance du pouvoir qu'on leur a donné, pour l'appliquer avec parcimonie.* »

449. **Un contrôle judiciaire du prix en évolution constante.** Le contrôle judiciaire du prix dans les contrats de distribution a connu ces dernières années une petite révolution. Il est désormais à la fois possible d'opérer ce contrôle sur le fondement du déséquilibre significatif et plus facilement encore sur le fondement de l'avantage sans contrepartie. L'expansion de son domaine d'intervention risque naturellement de poser de nombreuses questions en matière d'articulation avec le droit commun. Cela est d'autant plus vrai que ce contrôle est à rebours de la philosophie inhérente aux nouveaux articles du Code civil.

II. Un contrôle du prix à rebours de la philosophie du droit commun

450. **Un contrôle du prix limité en droit commun.** Le contrôle du prix opéré par le juge sur le fondement du droit spécial des contrats est totalement contraire à la philosophie du droit commun des contrats. La réforme du nouveau droit commun des contrats a réaffirmé le refus la rescision pour lésion (A) et n'a pas chercher à mimer le droit spécial pour reconnaître des exceptions au principe par le biais du droit commun (B).

A) Le refus de principe de la nullité de la lésion en droit commun des contrats

451. **La réitération du droit commun d'un refus du contrôle de l'équivalence des prestations.** A l'occasion de la réforme du droit des contrats, le législateur a pris la décision de s'inscrire dans une logique de continuité en refusant de faire de la lésion une cause de nullité des contrats. Ainsi, au sein de l'article 1168 du Code civil, bien que le terme « lésion » ait disparu[567], il énonce que « *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* »[568].

[567] CHANTEPIE (G.), « La lésion, entre désir et déni », AJ contrat, 2018, p.104 « *La lésion a disparu du droit commun du contrat. Certes, le principe d'indifférence du défaut d'équivalence des prestations est toujours affirmé par l'article 1168 du code civil, sans doute d'ailleurs de manière plus claire que l'ancien article 1118, dont l'emplacement dans la section relative au consentement avait suscité d'interminables discussions. Mais cela se fait sans que le terme « lésion » ait été repris, sinon dans la section relative à la capacité, pour traiter d'une « simple lésion » qui ne renvoie plus à la lésion dans les contrats entre majeurs. Le phénomène n'est pas nouveau, les textes contemporains n'utilisant plus le terme lésion, auquel ils préfèrent les notions de déséquilibre significatif, d'avantage manifestement excessif ou d'excessive onérosité. Il n'est sans doute pas anodin que la plupart des manifestations du phénomène lésionnaire ne soient plus réunies sous une même appellation, empêchant la délimitation d'une notion.* »

[568] C.Civ, article 1168, Ordonnance n°2016-131, promulguée le 01 octobre 2016

Il a été déjà vu précédemment que les raisons de ce refus étaient à la fois philosophiques et historiques. Les parties sont supposées être les meilleures garantes de leurs intérêts et donc les plus à même de fixer le prix du contrat. Si les juges s'étaient vus reconnaître le pouvoir d'intervenir dans tout contrat déséquilibré, cela aurait pu conduire à une grande fragilité économique[569]. Ainsi, « *plutôt que de faire régner la justice dans les contrats, les rédacteurs du code civil ont voulu assurer la sécurité des transactions* »[570].

452. **Une dichotomie de contrat mais une unicité de traitement.** Cette logique de continuité du rejet de la lésion peut étonner, ce d'autant que la perception théorique des rapports de force a profondément évolué avec le nouveau droit commun des contrats. Ainsi que le soulignait le professeur Thierry Revet, la reconnaissance légale de la figure du contrat d'adhésion a permis d'opérer une dichotomie entre deux formes de contrat en droit commun :

- le contrat de gré à gré : contrat instantané exprimant la volonté des parties qui était nécessairement conforme à leurs intérêts. Cette figure historique du contrat justifiait le rejet de la lésion.

- le contrat d'adhésion : contrat fondé sur l'idée qu'une partie des contrats ne pouvait être ni élaboré, ni négocié et posant un déséquilibre du rapport de force des parties dans une logique de « protection des plus faibles »[571].

La reconnaissance de cette réalité n'a pourtant pas bouleversé le droit commun qui n'a pas fait le choix de scinder le traitement du contrôle de la lésion. Le principe demeure celui de son rejet. L'article 1168 du Code civil précise cependant que la possibilité de la nullité pour lésion est reconnue par exception en droit commun lorsque la loi en dispose autrement.

[569] MAZEAUD (D.), « Lésion », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2018
[570] MAZEAUD (H), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, tome 2, 1er vol, Obligations, Théorie générales,* 9e éd, 1998, Montchrestien, n°210
[571] REVET (T.), « Une philosophie générale ? », in colloque *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?,* Revue des contrats, n°112y5, 2016, p.5

B) L'absence de reconnaissance par exception de cas de lésion en droit commun source de conflits

453. **Des exceptions ?** Au sein des exceptions au refus de la lésion, deux articles de droit commun auraient pu mener à un contrôle du prix par le juge.

454. **L'article 1169 du Code civil.** En premier lieu, l'article 1169 du Code civil dispose qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au prix de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* »[572]. Cet article reprend ce qui était appelé avant la réforme « l'absence partielle de cause » et fait forcément écho à l'article L442-1, I, 1° du Code de commerce. Pour autant, le Code civil ne pousse pas aussi loin son contrôle que le Code de commerce. L'absence de cause était sanctionnée seulement dans les cas dans lesquels la contrepartie était certes présente mais avec une disproportion manifeste qui n'appelait à aucun débat. Dans l'hypothèse envisagée par l'article 1169 du Code civil, seule la contrepartie considérée comme illusoire ou dérisoire peut amener à la nullité du contrat. Les limites du pouvoir de contrôle des juges ayant été bien définies, il est difficile d'imaginer que le nouvel article du Code civil s'éloigne de son carcan originel.

455. **L'article 1171 du Code civil.** En second lieu, l'article 1171 du Code civil, qui consacre le déséquilibre significatif, aurait également pu laisser imaginer un possible contrôle du prix à l'instar du déséquilibre significatif existant en droit spécial à l'article L442-1, I, 2° du Code de commerce. Le législateur en a pourtant décidé autrement et, afin d'éviter toute ambiguïté, il énonce à l'alinéa 2 du même article que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* »[573].

456. **Une opposition dans le contrôle du prix entre droit commun et droit spécial.** Ainsi, bien définir si le contrat des parties est soumis ou non aux articles de droit spécial en matière de contrôle du prix va avoir une grande importance. En effet, en fonction du droit applicable à son contrat, la partie se verra appliquer des solutions diamétralement opposées. Les deux visions en cause ne peuvent se compléter puisqu'elles énoncent des logiques contraires. Par principe, si elles relèvent du droit commun, les parties ne devraient pas pouvoir invoquer la

[572] C.Cov, article 1169, Ordonnance n°2016-131, promulguée le 10 février 2016
[573] C.Civ, article 1171, loi n°2018-287, promulguée le 20 avril 2018

lésion. A l'inverse, le droit spécial permet au juge de retoucher à l'équilibre de la valeur des prestations. La mise en œuvre de l'adage *specialia generalibus derogant* induit que la lésion sera susceptible d'être reconnue chaque fois que le contrat entre dans le champ d'application des articles L442-1, I, 1° et L442-1, I, 2° du Code de commerce. En dehors du champ d'application de ces articles, le droit commun devra retrouver son emprise. Cependant, comme cela a été signalé précédemment, le droit spécial semble étendre de plus en plus son domaine d'applicabilité au fur et à mesure des refontes du titre IV du livre IV du Code de commerce[574].

457. **Les causes de cette opposition.** A l'heure où le droit de la distribution élabore un contrôle de plus en plus poussé du prix dans le contrat, le nouveau droit commun opère le choix inverse. Si le champ d'application large du droit spécial et la généralisation de son contrôle risquent de réduire la sphère d'influence du droit commun, il est possible d'analyser cette prise de position comme un choix de raison. En effet, le droit commun s'applique à tous les contrats et il conserve son rôle de socle de stabilité. Cette posture des articles du Code civil peut se voir comme une volonté de rassurer les justiciables. Cette position ferme aurait pour intention de « sécuriser » le contrat contre l'interventionnisme abusif des juges en droit spécial. Le rôle du droit commun n'est-il pas avant tout de dessiner la marche à suivre pour les différents contrats [575]? A cet égard, le Code de la consommation adopte la même solution que le droit commun en la matière en retenant que le déséquilibre significatif « *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* » [576]. Faut-il y voir un appel du droit commun aux juges de la chambre commerciale de stopper leur interventionnisme en matière de contrôle de prix ?[577] Celui-ci n'a clairement pas été suivi pour le moment, mais il ne faut pas oublier le rôle de « laboratoire » que peut jouer parfois le droit spécial[578]. Tant les juges de la chambre commerciale que les législateur dans les

[574] V. supra. n°518

[575] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.370 ; « *Le langage commun partagé par les différents contrats favorise leur rapprochement. Les dispositions communes jouent, malgré leur subsidiarité, un rôle de modèle et d'ordre : elles dessinent le squelette commun sur lequel viennent se greffer les dispositions spéciales et au regard duquel les dispositions dérogatoires sont prises.* »

[576] C.Cons, article L212-1, Ordonnance n°2016-131, promulguée le 10 octobre 2016

[577] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le déséquilibre significatif dans le Code civil, La semaine juridique, édition générale, 2016, p.665, tels étaient les espoirs que nourrissait le professeur Behar-Touchais lorsqu'elle écrivait en 2016 suite à la réforme du droit des contrats que « *Le refus du contrôle généralisé de la lésion dans la théorie générale des obligations devrait impliquer, nous l'espérons, un refus d'un tel contrôle généralisé en droit commercial, qui pourrait porter une atteinte disproportionnée aux principes constitutionnels de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle.* »

[578] SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse, Bordeaux I, 1986, p.482 selon l'auteur les droit spéciaux sont un « terrain d'expérimentation », un « banc d'essai », pour les

futures modifications du titre IV du livre IV reviendront peut-être dans quelques temps à plus de sagesse. A cela s'ajoute une réflexion autour de la notion plurielle du déséquilibre significatif et du bien-fondé de l'application extensive d'une solution justifiée par un contexte de lutte précise contre le déséquilibre de la négociation entre fournisseurs et distributeurs[579].

458. **Transition**. Cette différence de conception dans la fixation initiale du prix entre droit commun et droit spécial se retrouve également dans l'évolution de son contrôle.

Paragraphe 2 : Rivalité dans le contrôle de l'évolution du prix au sein du contrat

459. **Un droit commun favorable à accompagner l'évolution de la fixation du prix.** Le prix est un élément qui peut être amené à évoluer au cours de la vie du contrat. La saga jurisprudentielle qui a conduit aux arrêts du 1er décembre 1995 sur le prix dans les contrats cadre est articulée autour de cette problématique[580].
Le nouveau droit commun des contrats s'est inscrit dans la continuité de ces arrêts et reconnait la possibilité à une partie de pouvoir fixer seule le montant du prix.

460. **Un droit spécial rechignant à permettre une évolution dans la fixation du prix.** Le droit spécial adopte une position contraire en contraignant les parties à une certaine fixité du prix. Cette différence de traitement de la renégociation du prix dans le contrat peut s'expliquer par les visions opposées du nouveau droit commun du contrat et du droit spécial de la distribution en matière d'unilatéralisme dans le contrat (I). Cette opposition va se traduire par davantage de contrainte pour les parties en droit de la distribution puisque le droit spécial va supplanter le droit commun (II).

normes générales. Elles permettent d'éprouver une nouvelle technique avant d'en faire une utilisation plus élargie. ; LE TOURNEAU (Ph.), « *Quelques aspects de l'évolution des contrats », in mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, p.351 « A notre époque, ce droit spécial nourrit plus que jamais le droit général des contrats (la théorie générale). Il enrichit (plus qu'il ne détruit) la théorie générale par de nombreux apports originaux, qui l'infléchissent ou le modifient de façon, selon les cas, insensible, insidieuse ou éclatante* ».
[579] CHANTEPIE (G.), « La lésion, entre désir et déni », AJ contrat, 2018, p.104
[580] V. supra n°121 et s.

I. Deux conceptions opposées de l'unilatéralisme dans le contrat

461. **Une opposition de points de vue.** La réforme du nouveau droit commun des contrats a accordé une place croissante à l'unilatéralisme dans le contrat (A). A l'inverse le droit spécial montre une certaine défiance à l'idée de laisser une seule partie modifier le contrat (B).

A) Une confiance croissante accordée à la volonté unilatérale d'une partie en droit commun des contrats

462. **L'unilatéralisme, une notion moderne.** La figure « traditionnelle » du contrat envisagée par le Code civil de 1804 et reprise à l'alinéa 1 de l'article 1101 du Code civil est celle de la rencontre de deux volontés en vue de créer des obligations. Cette rencontre des volontés est supposée confronter les intérêts en présence et aboutir à un équilibre. L'unilatéralisme remet par définition le contrat entre les mains d'une seule partie et s'éloigne de la conception classique du contrat de droit français[581].

463. **Une expansion de l'unilatéralisme au sein du nouveau droit commun.** La réforme du droit des contrats a fait la part belle à cette nouvelle réalité, qui réside dans la reconnaissance de la puissance de la volonté unilatérale de modifier, d'éteindre ou de créer une situation juridique nouvelle[582]. Le professeur Hugo Barbier considère même que cette reconnaissance de l'unilatéralisme est un des grands mouvements orchestrés par l'ordonnance du 10 février 2016[583]. Pour observer cette « montée en puissance » de l'unilatéralisme[584], il suffit de constater que le droit positif a consacré dans sa réforme, à titre d'exemples, la figure du contrat d'adhésion[585], la résolution unilatérale par notification[586] ou encore l'exception d'inexécution[587].

[581] REVET (T.), « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », In *Le juriste dans la cité, Études en la mémoire de PH. NEAU-LEDUC*, LGDJ, 2018, p. 891, n°4.
[582] ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.), « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », Dalloz, 2017, p.1312
[583] BARBIER (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ, 2016, p.247
[584] MALLET-BRICOUT (B.), « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », RTD civ., 2016, p.463
[585] Art. 1110, C.civ, Loi n°2018-287 prumulguée le 20 avril 2018
[586] Art. 1226, C.civ, Loi n°2016-131 promulguée le 10 février 2016
[587] Art. 1220, C.civ, Loi n°2016-131 promulguée le 10 février 2016

464. **La fixation unilatérale du prix.** La réforme a surtout consacré la possibilité pour une partie de pouvoir fixer seule le montant du prix du contrat en plaçant l'abus pour seule limite. Ainsi l'article 1164 du Code civil énonce-t-il que « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.* [588]». Cela a déjà été évoqué précédemment[589], mais cette solution n'est pas innovation en soi et n'est que l'aboutissement d'une longue saga jurisprudentielle. Aux termes de ce texte, une partie peut toujours définir un prix dans un temps postérieur à la signature du contrat cadre, tant qu'elle est en mesure d'en motiver le montant.
L'idée qui gouverne le nouveau droit des contrats est celle d'une liberté des contractants[590]. Le législateur a décidé d'accorder une véritable confiance à l'une des parties qui dispose d'un plus grand champ d'action puisqu'elle n'a plus besoin de demander l'avis de son cocontractant. Cette liberté est cependant toujours contrebalancée par des garde-fous et ne pourra s'opérer que dans la mesure où la partie concernée fait preuve de modération.

465. **Propos conclusifs.** L'unilatéralisme a fait une entrée retentissante en 2016 avec la réforme du droit commun des contrats qui, au-delà même de la fixation du prix, a multiplié les preuves de confiance accordées aux actes de volonté unilatéraux[591].
Le droit spécial des contrats est quant à lui à rebours de cette évolution en ce qu'il limite au maximum la place de la volonté unilatérale dans les contrats de distribution.

---

[588] Art. 1164, C.civ, Loi n°2016-131 promulguée le 10 février 2016

[589] V. supra n°121 et s.

[590] FERIEL (L.), « La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°19, 2021, p.1246 « *Dans l'esprit du législateur, la libre négociabilité du contenu contractuel paraît infiniment préférable à une inflexible unilatéralité. Mais, à une époque d'accélération permanente de la vie économique et sociale, de standardisation et de massification des contrats, même entre professionnels, l'unilatéralisme a aussi ses vertus. Il favorise notamment la réactivité des parties et fluidifie la conclusion et l'exécution des contrats. Il permet d'agir vite, ce qui est un avantage précieux pour les entreprises. Par suite, il donne de l'initiative et contrecarre les risques d'enlisement contractuel. En sorte que si la négociation est perçue comme une source de légitimité du contenu du contrat, le droit civil étant pris, comme d'autres branches de l'ordre juridique, dans les logiques de procéduralisation, l'unilatéralisme n'en reste pas moins une donnée fondamentale* »

[591] Afin de nuancer un peu le propos de la confiance du droit commun des contrats accordée à l'unilatéralisme, il faut rappeler l'évolution de l'article 1223 du Code civil. En effet, cet article prévoyait à l'origine, dans l'ordonnance du 10 février 2016, la possibilité pour une partie qui n'avait pas encore payé, de réduire de manière proportionnelle le prix en cas d'exécution imparfaite de la prestation du cocontractant. La loi de ratification du 20 avril 2018 va remanier l'article en nécessitant l'autorisation du débiteur avant d'appliquer toute réduction. Ainsi la confiance accordée par la réforme n'était pas non plus absolue !

B) Une position de défiance face à la volonté unilatérale d'une partie en droit spécial des contrats

466. **Le droit spécial marque une défiance vis-à-vis de la volonté unilatérale.** Le droit spécial de la distribution ne s'est pas laissé influencer par l'appropriation de la « mouvance » unilatéraliste incorporée en droit commun. La maxime qui primerait en droit spécial serait davantage « *qui dit unilatéral, dit injuste* »[592].

En raison de la nature souvent déséquilibrée des relations du droit de la distribution, il manifeste une certaine hostilité à l'égard de l'unilatéralisme et des éventuels excès qu'il serait capable d'engendrer. Les réformes successives du livre IV du titre IV ont à cet égard fini par créer un véritable « mille-feuille » de règles contraignantes qui viennent encadrer et restreindre la liberté de contracter des parties.

467. **La recherche de stabilité et de fixité.** C'est ainsi que, depuis le 19 mars 2014, la loi[593] va mettre en place par le biais de l'article L441-7 du Code de commerce, l'obligation pour les parties de conclure une convention écrite avec un formalisme particulier. Cette convention a notamment vocation à venir « fixer le prix » à l'issue de la négociation commerciale entre les parties. Par le biais de cet accord, le prix devra rester inchangé pendant au moins une année.

Cet article deviendra par la suite, avec l'ordonnance du 24 avril 2019[594], l'article L441-3 du Code de commerce. Le texte a connu au fil du temps quelques améliorations notables du régime général de la négociation commerciale :

- La communication du barème des prix initialement requise n'est plus exigée ;
- La notion de « prix convenu » est modifiée, elle est passée du deux fois net (prix moins remises ou ristournes et autre obligations) au trois fois net en incluant désormais les services de coopération commerciale. De plus, ces services devront faire l'objet d'une rémunération globale.
- Il est dorénavant possible de conclure des avenants faisait l'objet d'un écrit mentionnant l'élément nouveau les justifiant. Cette double condition de la rédaction d'un avenant et d'un élément nouveau, permet une fois encore de limiter la modification de la convention.

[592] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les sanctions unilatérales dans le droit de la distribution », in L'efficacité du contrat, sous la direction de LARDEUX (G.), Dalloz, 2011.
[593] Loi n°2014-344 du 17 mars 2014
[594] Ordonnance n°2018-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques, publiée au journal officiel le 25 avril 2019

- Le texte reprend aussi la possibilité de recourir à des conventions pluriannuelles, pratique possible depuis le 1er janvier 2017 ; cependant, lorsqu'elles sont conclues, ces conventions doivent fournir dès l'origine du contrat des indices permettant de justifier l'évolution du prix.

468. **Différentes « strates » de convention récapitulatives.** D'autres lois vont se succéder, jusqu'à la dernière en date : la loi Descrozaille du 30 mars 2023 dite « loi Egalim 3 »[595]. Ces différentes lois ont systématiquement retouché les règles relatives à la conclusion de la convention récapitulative, de sorte qu'il se dégage désormais un régime à plusieurs vitesses en fonction des produits concernés : l'article L441-3 du Code de commerce représente le tronc commun auquel est soumis toute convention récapitulative. Il est complété par une deuxième couche de règles pour les produits de grande consommation, complétée elle-même par une dernière couche pour certains articles de grande consommation tels les produits alimentaires. A cela s'ajoute enfin un traitement particulier des grossistes qui bénéficient d'un traitement de faveur avec des règles proches de celles applicables au « tronc commun »[596].

469. **La volonté de limiter au maximum les modifications contractuelles unilatérales.** L'analyse de l'évolution de la législation entourant la convention récapitulative permet de formuler plusieurs remarques : tout d'abord, d'une manière générale, le Code de commerce a bien du mal à « alléger » le droit très encadré qu'il a progressivement mis en place. Si l'ordonnance du 24 avril 2019 affichait pour ambition de « *rationaliser et simplifier le droit de la négociation commerciale* », les futures lois ont plutôt enclenché une marche arrière[597]. De plus, la superposition de différentes « strates » de règles en fonction du statut du fournisseur ou des produits concernés rend ce droit de la fixation du prix dans le contrat peu intelligible.
Enfin, le droit de la négociation commerciale dans sa globalité manifeste une vraie défiance envers l'unilatéralisme, l'idée étant de verrouiller au maximum l'entente du fournisseur et du distributeur pour le prix convenu. Certains assouplissements sont indispensables, notamment

[595] Loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeur, publiée au journal officiel le 31 mars 2023
[596] BEHAR-TOUCHAIS (M.), GRIMALDI (C.), « La loi Descrozaille dite « Egalim 3 ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°22, 2023, p.1169
[597] CHONE-GRIMALDI (A-.S.), « Egalim 3 : une énième réforme des règles applicables aux relations d'approvisionnement de la grande distribution ». La semaine Juriidque Entreprise et Affaires, n°06, 2023, art. 152 Le constat opéré par l'auteur pour l'article L442-1 peut être étendu à davantage de généralité : « la refonte du titre IV par *l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019, avait subi une efficace cure d'amaigrissement est en train de reprendre ses kilos superflus.* »

pour les secteurs touchés par les fluctuations[598] et dans lesquels les modifications du prix doivent être autorisées. Cependant, toute modification doit être systématiquement justifiée, soit par un avenant, soit par des indicateurs.

470. **Un arsenal législatif visant à contrôler et fixer le prix du contrat.** Plus largement, dans cette même logique de contrôle du prix, l'ordonnance n°2018-1128, du 12 décembre 2018 était venue instaurer des mécanismes visant à protéger les revenus des producteurs de denrées alimentaires et de produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie. Une double protection a ainsi été mise en place, en relevant d'une part le seuil de revente à perte, et d'autre part en encadrant les avantages promotionnels. Depuis cette date, ce dispositif est systématiquement reconduit. La loi du 30 mars 2023 est d'ailleurs venue reconduire une nouvelle fois encore ces mesures en étendant le contrôle des promotions à tous les produits de grande consommation. Pourtant, la mise en place de cette politique de contrôle du prix de revente des produits ne semble pas avoir eu l'effet initial escompté. Il est intéressant de noter que, alors même qu'il avait été question d'abandonner cette expérimentation, là encore le législateur a fait le choix de poursuivre sa politique de contrôle[599].

471. **Conclusion.** Le droit commun et le droit spécial n'accordent pas la même place à l'unilatéralisme dans l'évolution du prix au sein du contrat. Le droit spécial par son vaste champ d'application va diffuser son cadre restrictif au-delà de la simple sphère de la grande distribution pour laquelle il avait été créé.

II. Un encadrement de l'évolution du prix par une supplantation du droit spécial

472. **L'articulation des droits autour de l'évolution du prix.** L'articulation entre droit commun et droit spécial en la matière va naturellement adjoindre les règles impératives de droit spécial. Le droit des conventions uniques s'appliquant à tout fournisseur et son « acheteur », il va nécessairement trouver application dans d'autres secteurs que celui de la grande distribution. Les personnes entrant dans le champ d'application de l'article L441-3 du Code de commerce se verront donc imposer un double formalisme contractuel, par le biais du contrat consensuel à

[598] Il s'agit notamment de la clause de renégociation ou de révision nouvellement prévue à l'article L441-8 du Code de commerce, Loi n°2023-221 du 30 mars 2023

[599] MATHEY (N.), « Egalim 3 : loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeur », Contrats Concurrence Consommation, 2023, Etude n°8

durée indéterminée d'une part, qui devra être complété d'autre part par les conventions uniques annuelles. Ainsi, si le prix convenu peut être fixé valablement de manière unilatérale, toute modification sera encadrée selon les textes de la négociation commerciale[600]. L'idée du double formalisme est d'essayer de rendre moins fréquentes les révisions tarifaires bien qu'elle ne peut empêcher le jeu des pressions commerciales.

473. **Critiques.** Il est possible de se demander si le double formalisme, a encore un vrai intérêt[601] puisque, d'une part, la convention unique alourdit de manière considérable les relations entre fournisseurs et distributeurs en soumettant les opérateurs économiques à d'importants coûts de transactions. D'autre part, la convention unique est une logique déconnectée de la vie des affaires qui nécessite des évolutions permanentes qui ne sont pas toujours prévisibles en début d'année. Le droit commun prévoit d'ailleurs la possibilité de modifier le prix convenu de manière unilatérale dans la limite de l'abus. Enfin, l'étendue de plus en plus vaste du champ d'application du droit spécial apparaît tout de même critiquable. Est-il vraiment logique d'appliquer à l'ensemble des distributeurs et fournisseurs – et même au-delà – des contraintes justifiées initialement par des comportements spécifiquement liés à la grande distribution[602] ?

[600] VOGEL (J.), « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », AJ contrat 2019, p.208

[601] BALAT (N.), « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le « formalisme méthodique » », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 895.

[602] VOGEL (L.) ; VOGEL (J.), « La réforme du droit des relations commerciales par la loi Egalim », AJ contrat 2018, p.510

CONCLUSION CHAPITRE 1

474. **La conservation par le nouveau droit commun de singularités.** La réforme du droit commun des contrats a tiré de nombreuses inspirations du droit spécial des contrats de distribution. Pour autant, elle n'en a fort heureusement pas épousé tous les contours. Les rédacteurs de la réforme n'ont pas intégré l'ensemble des mécanismes de rééquilibrages contractuels. Ainsi l'intégration de la figure des conditions générales au sein du droit commun des contrats n'est pas du tout inspirée du droit spécial, mais correspond à une pure consécration légale d'une solution prétorienne ancienne.

475. **Des différences dans la négociation du contrat.** Les conditions générales ne sont ainsi pas du tout abordées de la même manière par le droit commun et le droit spécial des contrats. Il en résulte des positions parfois contraires sur des solutions apportées par les textes.

476. **Des différences dans le contrôle du prix du contrat.** De la même manière, le droit commun a poursuivi comme antérieurement à la réforme, à faire de la détermination initiale du prix au sein du contrat la chose des parties. Le nouvel article 1168 du Code civil confirme l'interdiction pour le juge de veiller à l'équivalence des prestations. L'erreur sur la valeur[603] n'est pas admise par le droit commun qui marque son attachement au refus d'une reconnaissance élargie de la lésion.

A l'inverse, le droit spécial développe en parallèle un contrôle de plus en plus poussé du juge sur le prix. Ces exceptions en provenance du droit spécial entrent forcément en contradiction avec le droit commun et il est bien impossible de conjuguer en même temps ces deux valeurs divergentes[604].

Cette antinomie entre droit spécial et droit commun se poursuit au stade de la modification du prix au cours de la vie du contrat. Alors que le nouveau droit commun des contrats a accordé de plus en plus de place à l'unilatéralisme témoignent d'une confiance accordée au justiciable,

[603] L'article 1136 du Code civil énonce d'ailleurs que « *l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci ne appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité.* »

[604] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.496 « *L'incompatibilité entre deux règles est généralement définie comme l'impossibilité de se « conformer simultanément » à deux règles appartenant au même système juridique, ou encore comme l' « impossibilité de les exécuter ou de les appliquer simultanément* » ».

le droit spécial essaye au contraire de figer un maximum le prix durant la durée du contrat pour éviter les excès.

477. **Des différences sources naturelles de rivalités.** Les hypothèses de rivalité les plus importantes entre le nouveau droit commun et le droit spécial des contrats correspondent logiquement aux dispositions pour lesquelles le droit commun a souhaité ne pas se rapprocher du droit spécial. Ces règles s'opposent et ne pourront dès lors jamais être invoquées de manière simultanée.

Chapitre 2 : Une rivalité limitée en raison d'aspirations communes

478. **Un mouvement de convergence inédit.** La réforme du Code civil marque un rapprochement assez flagrant entre le droit commun des contrats et le droit spécial de la distribution. Le dogme de l'autonomie de la volonté, si tant est qu'il eût un jour des partisans, semble aujourd'hui bien dépassé[605].

En effet, c'est avant tout pour satisfaire l'objectif de protection de la partie faible que les deux droits ont connu des mouvements d'influences réciproques qui les ont conduits à se ressembler. La rivalité entre ces droits se trouvent bien souvent limitée puisqu'ils sont tous les deux animés par la volonté d'éviter les déséquilibres contractuels. Pour autant, il convient de garder à l'esprit que chacun des droits conserve ses particularités.

Ainsi, si certains textes du nouveau droit commun vont s'inscrire dans le prolongement du droit spécial des contrats de distribution (section 1), d'autres semblent presque avoir dépassé celui-ci dans son rôle protecteur (section 2).

Section 1 : Un nouveau droit commun dans le prolongement du droit spécial des contrats de distribution

479. **Un esprit de continuité entre le droit spécial et le nouveau droit commun.** Certains textes du nouveau droit commun, bien que présentant quelques différences notables avec le droit spécial des contrats de distribution, s'inscrivent tout de même dans son prolongement puisqu'ils sont animés par le même objectif de protection de la partie faible. Cependant, ces nouveaux outils s'avéreront souvent moins efficaces que ceux déjà en place au sein du droit spécial. Ainsi les mécanismes de rééquilibrage des contrats provenant du droit commun n'auront qu'un impact limité pour les justiciables (paragraphe 1). Dans une même logique le droit commun n'interviendra que comme un support du droit spécial en matière de rupture brutale d'une relation contractuelle établie (paragraphe 2).

[605] CHENEDE (F.), « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », Annuaire de l'institut Michel Villey, 2012, p. 155 « *avant même de se demander si l'autonomie de la volonté est encore aujourd'hui respectée en droit positif ou défendue en doctrine, encore faut-il se convaincre qu'elle l'a déjà été par le passé. Une telle interrogation pourra peut-être paraître saugrenue à certains. Elle ne l'est pourtant nullement. Pour le comprendre, il su/t de se rappeler que la théorie de l'autonomie de la volonté a été élaborée… par ses adversaires* ».

Paragraphe 1 : Les apports limités du nouveau droit commun dans les mécanismes de rééquilibrage des contrats

480. **Des espoirs déçus.** Deux mécanismes du nouveau droit commun laissaient envisager un fort potentiel d'intervention du juge au sein du contrat afin de protéger la partie faible et rééquilibrer le contrat. Finalement, l'apport de ces deux mécanismes s'avère très limité voire inexistant pour les contrats de distribution. Il s'agit de la bonne foi (I.) et du déséquilibre significatif (II).

I. Le double mouvement de la bonne foi en droit commun et droit spécial des contrats

481. **Plan.** La bonne foi a été généralisée par le nouveau droit commun à l'ensemble des phases du contrat, ce qui laissait envisager un renforcement de ce standard juridique. Finalement, elle ne va en pratique connaître aucun renouveau (A) et c'est au contraire le droit spécial qui en fait usage pour accroitre son domaine de contrôle (B).

A) Une absence de renouveau du principe en droit commun des contrats

482. **La bonne foi placée en tête du titre III du nouveau Code civil.** Les rédacteurs ont décidé de faire de la bonne foi l'un des principes généraux du droit des contrats, afin qu'elle fasse partie intégrante de « *l'épine dorsale, la colonne vertébrale du droit des contrats* »[606]. Dans sa première version, l'avant-projet de réforme de la chancellerie avait envisagé de regrouper la liberté contractuelle, la bonne foi et la force obligatoire du contrat dans une chapitre intitulé « Principes directeurs »[607]. Cette position particulière de principe a une double influence sur les notions concernées : elles sont peu précises, puisqu'elles s'appuient sur des termes généraux auxquels il est possible de donner un sens multiple, mais en contrepartie elles ont une grande plasticité qui permet leur emploi dans de nombreuses situations. Ainsi, le juge peut normalement en user pour corriger un déséquilibre ou compléter le silence de la loi[608]. La

[606] MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des contrats », Dalloz, 2015, p.816
[607] LATINA (M.), « Principes directeurs du droit des contrats », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017
[608] MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des contrats », Dalloz, 2015, p.816

réforme a de plus semblé renforcer la bonne foi en la généralisant à toutes les étapes de la vie du contrat. Elle en fait un guide qui doit assumer à la fois un rôle d'incitation et de prévention.

483. **Un instrument puissant de justice contractuelle ?** Il a été évoqué précédemment que d'aucuns voyaient dans la bonne foi un risque de détournement aux mains des juges. Ces craintes peuvent vraisemblablement se justifier par le rôle que la bonne foi a pu jouer par le passé afin d'apporter davantage d'équilibre dans certains contrats. Pour ne citer qu'eux, les arrêts Huard et Chevassus Marche sont la parfaite illustration de l'influence de la bonne foi sur les contrats de distribution[609].
La généralisation de la bonne foi à toutes les étapes du contrat doit-elle ainsi être vue comme une simple règle générale de bonne conduite ? Ou va-t-elle présenter un risque d'intrusion du juge dans le contrat afin de pallier les défauts ou de compléter les règles de droit spécial encadrant les contrats de distribution ?

484. **La réalité d'une bonne foi à la portée limitée.** Des premiers éléments de réponse nous étaient déjà donnés dans la rédaction de l'ordonnance, qui précisait volontairement ne pas avoir fait de la bonne foi un principe directeur afin de « *signifier que les règles générales ainsi posées, conformément au 1° de l'article 8 de la loi d'habilitation, bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru* ». L'analyse de la jurisprudence postérieure à la réforme ne fait que confirmer le respect de cette volonté initiale du législateur, que ce soit au stade des négociations (1) qu'au cours de la vie du contrat (2).

1) L'exigence de bonne foi au stade de la négociation du contrat

485. **Quelle portée pour l'extension de la bonne foi à la phase de négociation du contrat ?** Alors qu'elle était habituellement cantonnée à l'exécution du contrat, il était légitime de se demander si cette extension allait emporter quelques innovations.
486. **Les premiers enseignements issus de la distribution sélective.** Plusieurs arrêts sont intervenus dans le secteur de la distribution sélective automobile, entrouvrant la porte d'un possible renforcement des exigences demandées aux parties, par le biais de la bonne foi.

[609] V. supra n°140 et s.

Pour rappel, la distribution sélective désigne un système de distribution dans lequel les fournisseurs sélectionnent leurs distributeurs selon des critères spécifiques. En droit de la distribution sélective, le principe est celui de la liberté contractuelle de la tête de réseau dans l'organisation de celui-ci. Il peut donc choisir les membres qui constituent son réseau de distribution.

487. **La distribution sélective qualitative.** Un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, rendu dans l'affaire Metro c/ Saba, a autorisé les accords de distribution sélective à la condition « *que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif* »[610]. Cette exigence a été par la suite reprise par le règlement CE 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 pour le système de distribution sélective qualitative.

488. **La distribution sélection quantitative.** En parallèle, il existe également un système de distribution sélective dite quantitative. La seule chose qui distingue les deux systèmes réside dans le choix des membres du réseaux : pour l'un il s'agit des critères sur la qualité du service qu'est capable de fournir le distributeur ou réparateur, pour l'autre, il s'agit simplement d'une limitation du nombre de revendeur en faisant par exemple application d'un numerus clausus.
Cependant, le règlement n°1400/2002 ne dit rien sur la nécessaire objectivité de la mise en place de critères de sélection pour la distribution quantitative. La Cour de justice de l'Union européenne confirme que, pour ce type de sélection il n'est pas nécessaire qu'il repose sur des critères « *objectivement justifiés et appliqués de façon* uniforme »[611].

489. **Le droit commun comme fonction de support du droit spécial pour protéger la partie faible.** Une problématique commune s'impose à ces deux modes de distribution sélective, à savoir, est ce que le distributeur peut contester le refus d'agrément de la tête de réseau ?
Dans une affaire opposant un candidat à un réseau de distribution sélectif quantitatif et la tête du réseau, une Cour d'appel[612] a décidé d'écarter le caractère fautif d'un refus d'agrément du candidat, sur le fondement du droit de la concurrence, en estimant que celui-ci pouvait en revanche être considéré comme fautif puisque la tête de réseau ne pouvait « *échapper au droit général des contrats* » et n'avait pas respecté son obligation générale de bonne foi. Par cette

[610] CJCE, 25 janvier 1977, Affaires 26/76 Metro/Saba, rec 1977, p.1875
[611] CJUE, 14 juin 2012, aff. C-158/11
[612] CA, 24 mai 2017, n°15/12029

décision, la Cour faisait une application cumulative du droit commun et du droit spécial dans la volonté de protéger le candidat au réseau de distribution sélectif quantitatif. Ainsi, si effectivement, aucun critère n'était exigé pour ce type de réseau en droit français et européen de la concurrence, il n'était pas impossible de l'exiger sur le terrain du droit commun par l'intermédiaire de l'obligation de bonne foi. Le droit commun permettait de rapprocher la distribution sélective quantitative de la distribution sélective qualitative[613].

490. **Une fonction contestée par les juges de cassation.** La Cour de cassation, dans sa décision du 27 mars 2019, casse et annule l'arrêt des juges d'appel et décide de façon non équivoque « *Qu'en statuant ainsi alors que l'exigence de bonne foi ne requiert pas de la part de la tête d'un réseau de distribution la détermination et la mise en œuvre d'un tel processus de sélection, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble les principes de liberté contractuelle et de liberté du commerce et de l'industrie les textes et principes susvisés »*[614]. Cet arrêt sera par la suite confirmé par la Cour d'appel de Paris de renvoi le 23 octobre 2019[615].

491. **Une position confirmée.** La solution a été étendue et confortée par un ensemble trois arrêts rendus le 16 février 2022 :

- L'arrêt Mercédès-Benz rendu par la Cour de cassation, reprend la solution du rejet de l'utilisation de la bonne foi pour imposer l'application des critères de la sélection qualitatif en énonçant « *si pour assurer la libre concurrence sur le marché, le droit de la concurrence impose à la tête d'un réseau de distribution et de réparation sélectives qualitatives de déterminer les critères de sélection requis par la nature des biens distribués ou réparés ou des services effectués et de les mettre en France uniformément et de manière non discriminatoire, cette exigence ne relève pas de l'obligation de bonne foi contractuelle*. De plus, elle retient qu'en matière de distribution sélective qualitative « *seule une mise en œuvre discriminatoire de ces [critères de sélection] [a] pour objet ou pour effet de fausser la concurrence* »[616]. Dès lors, le distributeur victime

[613] PONSARD (M.), « Bonne foi et distribution sélective automobile », AJ contrat, 2020, p.321
[614] Cass.com., 27 mars 2019, n°17-22.083, BARDOT (C.), Dalloz, 2019, p.692; obs. N. FERRIER (N.), Recueil Dalloz, 2020, p.789 ; BUY (F.) ; RODA (J-.C.), AJ contrat, 2019, p.295, obs. ; BARBIER (H.), RTD civ, 2019, p.570, obs ; PONSARD (M.), AJ contrat, 2020, p.321 ; MALAURIE-VIGNAL (M.), Contrats Concurrence Consommation, n°5, 2022, comm. 79
[615] Paris, pôle 5, chambre 4, 23 octobre 2019, n° 19/07878
[616] Cass.com, 16 février 2022, n°20-11.754

de la discrimination devra démontrer dans quelle mesure le refus d'agrément à un objet ou un effet anticoncurrentiel.

- L'arrêt Hyundai c/ JPB, écarte pour sa part toute violation du principe de bonne foi au nom du « *principe de la liberté contractuelle et la prohibition des engagements perpétuels* »[617]. Ainsi, même si un candidat peut remplir les critères de sélection, cela ne lui donne pas un droit à l'agrément, puisque la tête de réseau dispose de la liberté contractuelle de ne pas le retenir.

- Enfin, l'arrêt Hyundai c/ Safirauto[618] mettait en présence un modèle de distribution sélective « mixte » regroupant à la fois des critères qualitatifs et quantitatifs. La Cour rappelle une fois encore que « *l'obligation de bonne foi contractuelle n'impose à la tête d'un réseau de distribution ni la détermination ni la mise en œuvre d'un processus de sélection des distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés ni l'application de ceux-ci de manière non discriminatoire »* [619].

492. **La bonne foi de droit commun n'a pas vocation à compléter des lacunes des textes de droit spécial.** Quelle leçon tirer de ces arrêts rendus en matière de distribution sélective ? Tout d'abord, aux termes du dernier arrêt rendu, les juges décident qu'il n'est jamais possible d'imposer à une tête de réseau de mettre en place des critères de sélection de ses candidats sur le terrain de la bonne foi. Le droit spécial de la concurrence est ainsi le seul à pouvoir intervenir et les juges n'ont pas à faire usage de la notion de bonne foi pour venir pallier un défaut du droit spécial ou créer des règles qui n'existeraient pas en droit spécial[620].
Les juges du fond reçoivent ici un signal leur indiquant qu'ils ne doivent pas se servir de principes généraux pour augmenter une protection qui n'est pas réellement prévue par le texte.

[617] Cass.com, 16 février 2022, n°21-10.451
[618] Cass.com, 16 février 2022, n°20-18.615
[619] HEYRAUD (Y.), « Distribution sélective automobile : la tête de réseau est libre de choisir ses distributeurs », Dalloz actualité, 2022
[620] BARBIER (H.), « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », RTD civ, 2019, p.570 « *Refusant ici de faire jouer à la bonne foi une fonction complétive des règles encadrant la sélection du distributeur posées par le droit de la distribution et de la concurrence, la Cour de cassation conforte la jurisprudence, développée par les juges du fond et par elle-même, tournée vers la protection de la liberté contractuelle de la tête de réseau, laquelle n'est donc pas obligée d'établir des critères objectifs de sélection* » ; HEYRAUD (Y.), « Distribution sélective automobile : la tête de réseau est libre de choisir ses distributeurs », Dalloz actualité, 2022

493. **Le renforcement de la liberté de choix de la tête de réseau.** Les règlements d'exemption catégorielle UE 330/2010 et UE 2022/720 posent le principe qu'indépendamment de la question de savoir s'ils remplissent les critères « Metro », les accords de distribution sélective qualitative et/ou quantitative peuvent bénéficier de l'exemption prévue à son article 2, § 1, du moment que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %[621]. Dans les deux arrêts Hyundai vu précédemment, ni le fournisseur ni les distributeurs ne détenaient plus 30% des parts du marché, ainsi l'article 2 du règlement UE n°330/2010 du 20 avril 2010 devait s'appliquer. Cette exemption se justifie en raison de l'absence d'impact sérieux à la concurrence au regard de la faible importance de l'accord. Ainsi, un refus d'agrément, même injustifié ou discriminatoire ne peut être considéré comme étant une restriction de la concurrence. Il était dès lors nécessaire aux parties d'apporter la preuve d'une restriction caractérisée montrant une fois encore la difficulté de preuve pesant sur le distributeur face à la tête de réseau qui peut appliquer presque librement une politique discriminatoire[622].

494. **Les regrets de ce recadrage de la bonne foi.** Cette solution peut paraître en pratique quelque peu regrettable, puisque le refus d'agrément d'un distributeur ne fait pas présumer d'une violation de la concurrence. Pour pouvoir invoquer le droit de la concurrence, il faudra réussir à prouver que la discrimination a un objet ou un effet anticoncurrentiel ! Preuve qui tend à devenir de plus en plus difficile à rapporter, avec l'avènement des nouveaux règlements d'exemption. Le soutien du droit commun aurait permis, lorsque l'action est trop difficile à prouver sur le terrain du droit de la concurrence, de pouvoir tout de même sanctionner des discriminations manifestes.

En revanche, d'un point de vue purement juridique, la solution tirée par les juges de la Cour suprême est tout à fait compréhensible. En effet, ils n'ont pas hésité à retoquer les juges du fond et à rappeler que la bonne foi ne doit pas avoir un rôle créateur et à servir à contourner le droit spécial. En effet, si le droit de la concurrence considère qu'il n'y a pas discrimination, alors la bonne foi ne doit pas être un outil servant à échapper à la décision du droit de la concurrence en basculant la question sur le terrain du droit civil.

---

[621] LAMBERT (T.), « L'impossible preuve de la licéité de la distribution sélective quantitative », Dalloz, 2023, p.1417

[622] HEYRAUD (Y.), « Distribution sélective automobile : la tête de réseau est libre de choisir ses distributeurs », Dalloz actualité, 2022

495. **Conclusion.** Pour l'heure, il est clair que la jurisprudence a décidé de restreindre le champ d'action des principes généraux du droit à celui qui était le leur avant la réforme. Ce constat peut s'opérer également dans la phase d'exécution du contrat.

2) L'exigence de bonne foi au stade de l'exécution et de la rupture du contrat

496. **Un rappel à l'ordre similaire de l'interdiction d'une utilisation extensive de la bonne foi au stade de l'exécution du contrat.** A la suite de la réforme, il était légitime de s'interroger pour savoir si une lecture extensive dans les autres phases du contrat, pouvait venir étendre, compléter voire pallier l'insuffisance de règles protectrices de droit spécial.
Pour l'heure, il n'y a pas eu de chevauchement entre le droit spécial des contrats de distribution et droit commun. Par ailleurs, une décision remarquée a été rendue dans le cadre d'un contrat de concession exclusive au sujet duquel une Cour d'appel avait sanctionné le concédant pour de ne pas avoir accordé à son concessionnaire des facilités de paiement alors même que les modalités de paiement étaient prévues par une clause du contrat. La Cour de cassation casse l'arrêt des juges du fond en estimant qu'« *en statuant ainsi, alors que l'exigence de bonne foi n'autorise pas le juge à porter atteinte aux modalités de paiement du prix fixé par les parties, lesquelles constituent la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »[623].

497. **Une position de continuité avec l'ancien droit commun.** L'arrêt se place dans la droite lignée de la jurisprudence « Les Maréchaux »[624] qui avait précisément tracé la ligne à respecter entre la bonne foi et la force obligatoire du contrat. Il accrédite donc une continuité de l'applicabilité de cette jurisprudence[625].
Ainsi, la bonne foi ne peut être invoquée sur le terrain du droit commun pour caractériser un acte de mauvaise foi ou un abus du cocontractant, mais il apparaît peu probable qu'elle soit utilisée à l'avenir pour étendre ou compléter une protection émanant du droit spécial.

498. **Une articulation entre les droits ne posant pas de difficultés.** La bonne foi n'est finalement qu'une norme comportementale dont les sanctions ne viendront pas se chevaucher

[623] Cass.com, 19 juin 2019, n°17-29.000
[624] V. supra n°497
[625] LEVENEUR (L.), «Des limites de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », Contrats Concurrence Consommation, n°10, Octobre 2019, Comm. 151 ; BARBIER (H.), « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », RTD civ, 2019, p.570

avec le droit spécial. Pourtant, alors que le rôle de la bonne foi semble relativement restreint et cantonné à son strict domaine d'application depuis la réforme, il est possible de constater en parallèle une appropriation de la notion par le droit spécial.

B) Une portée large de la bonne foi instrumentalisée en droit spécial des contrats

499. **Un simple renvoi à la bonne foi du nouveau droit commun en droit spécial ?** Lors de l'adoption de la récente loi n°2023-221 du 30 mars 2023[626], le législateur a décidé d'insérer une phrase relative à la bonne foi au IV de l'article L441-4 concernant la négociation aboutissant à l'adoption de la convention unique « *La négociation de la convention écrite est conduite de bonne foi, conformément à l'article 1104 du code civil* ». Cette insertion pourrait laisser penser à un simple rappel du droit commun des contrats et de la nouvelle étendue de la bonne foi au stade des négociations, tout comme le mentionne l'article 1112 du Code civil.

500. **L'utilisation de la bonne foixzxz de droit commun au sein des pratiques restrictives de concurrence.** Pourtant, le législateur ne se contente en réalité pas d'un rappel et a ajouté une nouvelle pratique restrictive de concurrence à l'article L442-1, I, 5° en permettant d'engager la responsabilité du contractant qui n'aurait pas « *mené de bonne foi les négociations commerciales conformément à l'article L. 441-4, ayant eu pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat dans le respect de la date butoir prévue à l'article L. 441-3* ».
Une telle sanction ne porte pas sur le fait de ne pas avoir concrètement conclu l'accord à la date du 1er mars, mais d'user de manœuvres dilatoires pour essayer de mettre la pression et d'imposer ses conditions à la partie adverse.

501. **Critiques de l'usage de la bonne foi par le droit spécial.** Si l'apport d'une protection supplémentaire à la phase de négociation s'inscrit dans la logique du droit de la concurrence, il est possible d'être plus critique envers le fondement retenu. La notion – floue – de la bonne foi était-elle la plus adéquate pour venir sanctionner une partie d'une amende en cas de non-respect ?[627]. Il faut d'ailleurs se demander si le caractère vague de cette notion ne contredit pas

[626] Loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeur, publiée au journal officiel le 31 mars 2023
[627] BEHAR-TOUCHAIS (M.), GRIMALDI (C.), « La loi Descrozaille dite « Egalim 3 ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°22, 2023, p.1169 ; CHONE-GRIMALDI (A-.S.), « Egalim 3 : une énième réforme des règles applicables aux relations d'approvisionnement de la grande distribution ». La semaine Juriidque Entreprise et Affaires, n°06, 2023, art. 152 Le constat opéré par l'auteur pour l'article L442-1 peut être étendu à davantage de généralité ; CHANTEPIE (G.), « Le droit des relations

le principe de légalité des délits et des peines. Il aurait sans doute mieux valu désigner des types de comportements précis pouvant être répréhensibles. Cela aurait à la fois facilité la preuve des parties mais aussi amélioré la prévisibilité pour les contractants, puisque la notion de bonne foi laisse place à une grande marge d'appréciation de la part des juges.
La loi ne précise pas si la sanction de l'amende civile prévue en cas de non-respect de l'article L442-1, I, 5° sera cumulable avec l'amende administrative qui sanctionne le fait ne pas avoir signé la convention au 1er mars de l'article L441-6 alinéa 3.

502. **Articulation entre droit spécial et droit commun.** Il est possible d'émettre une double critique. Tout d'abord, le choix de dupliquer la bonne foi en créant une sanction spécifique aux pratiques restrictives de concurrence encourage les praticiens à ne plus du tout faire appel à la bonne foi de droit commun.
Ensuite, si venir doublonner un concept de droit commun à l'intérieur du droit spécial n'est pas un phénomène nouveau, il participe souvent à une vision « indépendantiste » du droit spécial. La reprise et l'appropriation de règles communes peuvent être vues comme un phénomène d'affaiblissement du droit commun. Le droit commun doit normalement retrouver sa sphère d'influence, chaque fois que le champ d'action de la règle spéciale est dépassé[628].
Il y a maintenant de nombreuses années qu'il est convenu que le droit de la concurrence est sorti de son rôle initial de protecteur du marché pour empiéter sur le terrain du droit commun. La réforme du droit commun des contrats ne semble pas avoir endigué cette tendance[629].

503. **Conclusion.** La fonction de la bonne foi intervenant en complément du droit spécial est pour le moment rejetée par les juges, qui semblent retenir que, si une protection doit intervenir, elle doit venir du droit spécial et non plus d'un contournement du droit commun. Ce qui fut vrai un temps face à l'inertie du législateur ne l'est plus aujourd'hui[630]. Cela pourrait être analysé comme une volonté de nier la fonction complétive du droit commun bien qu'il soit plus probable que l'explication se trouve en réalité dans l'efficacité des règles spéciales[631].

---

commerciales réformé à tâtons (Premières parties : l'émiettement du droit des négociations commerciales », Dalloz actualité, 2023,

[628] CHAGNY (M.), « Le domaine d'application de la règle sur le déséquilibre significatif : le flux et le reflux ? », RTD com., 2017, p.593 ; FERRE (D.), Des précisions sur l'appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L442-6, I ? 2° du Code de commerce, AJ contrat 2017, P.129 et s.

[629] CHAGNY (M.), « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », Revue des contrats, 2004, p.861

[630] V. supra n°483

[631] BARBIER (H.), « La bonne foi implique-t-elle l'égalité de traitement ? », RTD civ, 2021, p.875 « *la bonne foi ne saurait être le vecteur silencieux de l'égalitarisme contractuel ni même, a minima, un instrument subsidiaire de*

En parallèle, le droit spécial en matière de bonne foi se développe et empiète de plus en plus sur le droit commun des contrats.
Ainsi, la bonne foi de droit commun n'a finalement pas vu son rôle s'accroitre avec la réforme du droit commun. Ce standard que les tenant du solidarisme contractuel avait érigé en pilier a finalement un rôle secondaire au sein du droit des contrats[632]. Ce même sentiment de déception peut être ressenti pour ceux qui attendaient un véritable apport du déséquilibre significatif de droit commun pour les contrats de distribution.

II.La décevante articulation entourant le déséquilibre significatif

504. **Un déséquilibre significatif de droit commun en retrait.** L'intégration du déséquilibre en droit commun a ouvert la porte à un nouveau champ des possibles pour l'ensemble des contrats. En effet, cette notion qui existait déjà en droit de la consommation et au sein des pratiques restrictives de concurrence était consacrée par la réforme du droit commun des contrats, sans pour autant être un copier-coller des dispositions du droit spécial[633]. Ce sont ces spécificités du déséquilibre significatif du droit commun qui nourrissent des interrogations sur son articulation avec le déséquilibre significatif du Code de commerce. Si le déséquilibre de droit commun semble avoir été fortement encadré (A), celui de droit spécial continue à l'inverse son expansion (B).

A) Le déséquilibre significatif du droit commun des contrats strictement délimité

505. **L'apport du déséquilibre significatif de droit commun.** Pour rappel, l'analyse du nouveau déséquilibre significatif du droit commun des contrats le faisait ressortir comme étant plus avantageux sur de nombreux points :
Il est possible que les critères du déséquilibre soient plus faciles à rapporter sur le fondement du droit commun ;

lutte contre la discrimination contractuelle. Des textes spéciaux existent au sein de la Convention européenne des droits de l'homme (not. son article 14), du code pénal (not. son article 225-2), du code de la consommation au travers de nombreuses dispositions, du code de commerce par l'interdiction des pratiques anti-concurrentielles ou abusives, sans qu'il soit besoin de donner mission à la bonne foi de faire office de voiture-balai des comportements discriminatoires qui leur échapperaient »

[632] MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit Mélange Terré (F.),* Dalloz, PUF, 1999, p.603 et s. ; DEMOGUE (R.), Le Traité des obligations en général, A. Rousseau, Paris, tome 6, n°3, p.8-9 « *Le contrat moderne, peut être conçu d'une façon plus vivante et plus complexe en faisant sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux* ».

[633] V. supra n°226 et s.

Il permettait une sanction allégée, la clause litigieuse étant simplement considérée comme non écrite, où le Code de commerce cherchait la nullité de la clause voire du contrat ;
L'action pour ce qui est réputé non écrit est imprescriptible quand la nullité se prescrit au bout de cinq années.

506. **La question centrale de l'articulation du déséquilibre significatif entre droit commun et droit spécial des contrats.** Ces différences constituent d'importants arguments pour les justiciables dans le choix à opérer pour préférer invoquer le déséquilibre sur le fondement du droit commun ou sur celui du droit spécial. Pour ces raisons, les commentateurs de la réforme se sont naturellement interrogés sur l'articulation de ces deux droits. Le droit commun devait-il être écarté au profit du droit spécial ? Ou au contraire les deux fondements devaient-ils être invoqués cumulativement ? Le droit commun a finalement été écarté par les juges afin de respecter les travaux parlementaires (1) mais ce choix est discutable voire regrettable (2).

1) Le droit commun écarté par respect des travaux parlementaires

507. **La subsidiarité du déséquilibre significatif de droit commun en cas d'applicabilité du droit spécial.** Un arrêt rendu le 26 janvier 2022 par la Cour de cassation[634] en matière de location financière est venu apporter des éléments de réponse. Le demandeur au pourvoi invoquait au soutien de ses prétentions que l'article 1171 du Code civil ne pouvait pas s'appliquer puisqu'il estimait que le rapport qu'il entretenait avec son cocontractant professionnel était soumis à l'article L442-6 du Code de commerce (devenu L442-1 depuis la loi du 24 avril 2019).
Dans son attendu de principe, la Cour énonce que « *L'article 1171 du code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, applicable en la cause, tels que les contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, lesquels, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du*

[634] Cass.com, 26 janvier 2022, n°20-16.782

code monétaire au financier, ne sont pas soumis aux textes du code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence ».

Ainsi, les juges décident d'écarter l'article L442-6, I, 2° au motif qu'il ne serait pas applicable aux contrats de location financière, mais surtout ils précisent bien que l'article 1171 du Code civil ne peut s'appliquer que si et seulement si les parties ne relèvent pas de l'article de droit spécial.

508. **Une conception stricte de l'adage *specialia generalibus derogant***. Le couperet est donc tombé et les juges de la Haute Cour incitent à une application stricte de l'adage et à la mise à l'écart du droit commun. Cette décision – décevante – est susceptible de plusieurs critiques.

509. **Critique de l'usage du fondement des travaux préparatoires.** Tout d'abord l'assise qu'utilise la Cour de cassation pour justifier son choix est surprenante. Elle fait le choix de se fonder sur les travaux préparatoires. Ainsi, la Cour énonce-t-elle expressément qu'« *il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation* [635]». Pourtant, ces travaux n'ont aucune force contraignante et ne lient pas le juge[636].

510. **Les risquent encourus dans l'utilisation d'un tel fondement.** Il est heureux que le juge ne soit pas toujours tenu par l'intention initiale du législateur. Dans le cas contraire, le mouvement de déformation du droit commun analysé dans la première partie de cette thèse n'aurait jamais été possible. Certains textes ont parfois été interprétés d'une façon bien éloignée de l'intention initiale du législateur de 1804. Il faut ajouter que c'est cette force d'interprétation qui permet d'adapter les textes pour qu'ils ne restent pas figés dans le temps et collés seulement à la réalité d'une époque.

---

[635] JEROME (J.), « Contrôle des clauses abusives : la Cour de cassation précis le champ de l'article 1171 du Code civil par rapport aux dispositifs du Code de commerce et du Code de la consommation », Revue des contrats, n°02, 2022, p.103

[636] Sur la place des travaux préparatoires dans le droit : CAPITANT (H.), « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tome 2, Sirey, 1934, p.204

Il pourrait être objecté que le rapporteur de la commission au Sénat avait encouragé les praticiens et les juges à un respect scrupuleux des travaux préparatoires, afin de ne pas dénaturer la volonté qui animait les textes récents[637]. Pourtant, là encore, il est possible de formuler des critiques face à cette demande : si, effectivement, il est important de ne pas déformer les textes récents, durant combien de temps un texte doit-il être considéré comme « récent » ? Quelle est la durée durant laquelle les juges doivent se conformer à cette injonction ?

511. **Un fondement peu usité.** Si les travaux préparatoires doivent avoir une force « quasi-obligatoire », il est difficile de justifier que les juges n'ont eux-mêmes pas souvent respecté l'intention du législateur pour interpréter la loi[638]. L'analyse de la jurisprudence démontre que la référence aux travaux parlementaires est d'ailleurs relativement rare[639]. En outre, il paraît simpliste d'imaginer que l'intention du législateur puisse être résumée en un « courant de pensée unique », alors même que l'ordonnance ayant abouti à la réforme a impliqué une réécriture et qu'elle a fait intervenir de nombreux intervenants[640].

512. **Un fondement contraire à la liberté d'interprétation des juges.** Au surplus faut-il rappeler que les juges du fonds doivent normalement bénéficier d'une liberté dans leurs méthodes d'interprétation de la loi[641]. Cette liberté avait été réaffirmée par la Cour de cassation

---

[637] GENRRY-VERNIERES (S.), « L'interprétation de l'article 1171 du code civil « à la lumière des travaux parlementaires » de la loi de ratification », Revue des contrats, n°02, 2022, p.144 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le cantonnement du domaine de l'article 1171 : un joli coup pour la démocratie ? », Revue des contrats, n°02, 2022 ; MILLERIOUX (G.), « La subsidiarité de l'article 1171 du Code civil », Gazette du Palais, n°09, 2022, p.20

[638] BARBIER (H.), « L'article 1171 du code civil est évincé par les textes spéciaux de lutte contre les clauses abusives », RTD civ. 2022, p.124

[639] Cass.Ass plén. n°2, Recueil Dalloz, 2004, p.1108 ; ROZES (L,), Dalloz, 2005, p.1090 ; CAVINET (G.), Justice et cassation, 2005, p.290 ; BLATTER (J-.P.), AJDI, 2004, p.201 ; LASSNER (M.), AJDI, 2004, p.175 ; MATHIEU (B.), RFDA, 2004, p.224 ; THERY (P.), RTD civ. 2004, p.341 ; RAYNARD (J.), RTD civ. 2004, p.371 ; DEUMIER (P.), RTD civ. 2004, p.603 ; MONEGER (J.), RTD com, 2004, p.74

[640] STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le cantonnement du domaine de l'article 1171 : un joli coup pour la démocratie ? », Revue des contrats, n°02, 2022, p.16. ; LATINA (M.), « Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil », L'essentiel Droit des contrats, n°03, 2022, p.1 ; BALAT (N.), « Une utilisation discutable de l'intention du législateur et de l'adage specilia generalibus derogant au secours de l'articulation des textes sur les clauses abusives », Revue des contrats, n°03, 2022, p.89, « *La volonté du législateur n'y est déduite que d'éléments très partiels et en outre postérieurs aux textes en cause : en fait de travaux « préparatoires », la chambre commerciale se contente de se référer aux débats de 2018 qui ont précédé l'adoption de la loi de ratification de l'ordonnance de réforme, lesquels débats ont eu lieu deux ans après l'adoption de l'ordonnance et sont le fait de personnes étrangères à son élaboration. On peut ainsi douter de l'adéquation entre les moyens déployés et le résultat recherché : temporellement et personnellement, « le législateur » de 2018 n'était plus celui de 2016* »

[641] MOLFESSIS (N.), « La prétendue liberté des juges du fond dans le choix des méthodes d'interprétation de la loi *», RTD Civ, 2003, p.154 « les travaux préparatoires n'ont pas de force obligatoire, de telle sorte que les juges du fond ne sont jamais tenus de s'en inspirer ni même de chercher la signification qu'ils pourraient révéler des dispositions légales en cause. Dépassant les seuls travaux préparatoires, l'arrêt consacre apparemment la liberté*

dans un arrêt du 29 janvier 2002[642]. En imposant la seule vision des travaux préparatoires, la Cour de cassation vient considérablement museler cette liberté.
Surtout, elle aboutit à une mise à l'écart du droit commun et cette prise de position risque d'avoir de fortes répercussions.

2) Les regrets de cette mise à l'écart du droit commun

513. **Une occasion ratée de traiter du sujet de l'articulation des droits.** Cette prise de position apparaît davantage être une solution d'opportunité afin de trancher un problème qui nécessiterait un véritable débat de fond. En dehors de l'article 1105 du Code civil, énonçant que « *Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* », le législateur n'a laissé aucune autre piste pour éclairer les juges sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial. L'arrêt traitant de la question de l'articulation ne fait aucune référence à l'article ou bien même à l'adage *specilia generalibus derogant.* Les juges donnent l'impression d'éluder sciemment le principe, pour contourner des difficultés théoriques, un peu comme s'ils semblaient ne pas oser prendre à bras le corps cet espace de liberté qui leur est resté ouvert.

514. **Une partie de la doctrine favorable à une application exclusive de la règle spéciale.** Il est intéressant de noter que Madame Sibylle Chaudouet dans sa thèse consacrée au déséquilibre significatif et soutenue avant que la Cour de cassation ne rende son arrêt du 26 janvier 2022, encourageait déjà les juges à une telle prise de position. Pour elle, le cumul ou l'option entre les règles de droit commun et du Code de commerce devait être rejeté : à la fois par respect de la volonté du législateur et des travaux parlementaires, mais également pour des raisons procédurales[643]. Elle encourageait ainsi à une application exclusive de la règle spéciale et une subsidiarité de la règle de droit commun, cependant, tout comme elle le reconnaissait elle-même dans sa démonstration « *Nous ne prétendons pas ériger de solution généralisable à l'ensemble des conflits entre des normes de droit commun et spécial, mais plus modestement, un principe adapté au seul concours qui nous retient* »[644]. Seulement, il est difficilement

des juges du fond dans le choix des méthodes d'interprétation de la loi. De cet attendu, il faudrait ainsi déduire que la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle sur les méthodes d'interprétation prises en compte et mises en oeuvre par les juges du fond. »

[642] Cass.civ. 1er, 29 janvier 2002, n°00-10.788

[643] Nous visons également dans notre étude les difficultés procédurales que peuvent connaître les justiciables si l'invocabilité des articles est recevable sur le fondement du droit commun et du droit spécial. V. infra n°746 et s.

[644] CHAUDOUET (S.), *Le déséquilibre significatif*, thèse, LGDJ, 2021, n°931 et s.

justifiable que les juges puissent refuser le cumul en matière de déséquilibre significatif alors qu'aucune antinomie n'existait entre les droits et l'accepter par la suite pour d'autres hypothèses.

515. **Les regrets du choix de l'application exclusive de la règle spéciale.** Le choix du cumul ou de l'option entre droit commun et droit spécial eut été selon nous sans doute plus heureux. D'ailleurs, si la plupart des auteurs s'accordaient à dire que le texte de droit commun[645] ne pourrait sans doute jamais s'appliquer aux relations entre consommateur et professionnel, du fait d'une trop grande similarité[646], ils étaient nombreux à croire qu'un cumul serait possible pour les contrats relevant du déséquilibre significatif du Code de commerce[647].
L'intérêt de cumul résidait dans le fait que le nouveau droit commun des contrats paraît à la fois plus facile à invoquer et plus protecteur des intérêts des parties. Dès lors, il est regrettable qu'il ne puisse jamais être appliqué aux parties soumises au droit spécial.
Il est en effet paradoxal d'accorder une moins bonne protection à des relations connues pour être déséquilibrées et qui ont justifié la naissance d'un nouveau droit spécial protecteur.

516. **Critiques.** Par ailleurs, il est contre-intuitif de venir réduire aussi drastiquement la nouvelle sphère d'influence du droit commun. En écartant la possibilité du cumul, les juges limitent l'intervention du droit commun aux interstices qui existent en dehors du champ d'application du droit spécial[648]. La réforme du droit des contrats avait pourtant pour vocation de refaire du droit commun la colonne vertébrale de notre droit et de protéger la partie faible.

---

[645] LATINA (M.), « Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil », L'essentiel Droit des contrats, n°03, 2022, p.1

[646] GEST (J.) ;ANCEL (F.) ;FAUVARQUE-COSSON (B.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, 2017, Ed n°1, n°25.91, p.169, « *Cet article (l'article 1171) ne s'appliquera certes qu'entre particuliers ou entre professionnels et non dans les relations entre professionnels et consommateurs* ».

[647] LAGARDE (X.), « Questions autours de l'article 1171 du Code civil », Dalloz, 2016, p.2174 ; BOSCO (D.), « Réforme du droit des obligations sur la question des « clauses abusives », *in l'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, Dalloz Action, 2018, n°2.11 et s ; CHANTEPIE (G.) ; LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. 2° éd, 2018, Dalloz, n°116 ;FENOUILLET (D.), « Le juges et les clauses abusives », Revue des contrats, n°02, 2016, p.358 « *La doctrine a remarquablement montré, en premier lieu, que la norme de conflit n'imposait l'exclusion du droit commun par le droit spécial qu'à trois conditions : 1) Que deux dispositions appréhendent la même question ; 2) Que l'une d'elles ait un champ d'application plus restreint que l'autre ; 3) Que les dispositions conduisent à des solutions antinomiques. À défaut, il convient d'admettre le cumul des dispositions, à tout le moins de laisser à la personne protégée le soin de choisir la disposition qu'elle préfère, i.e. a priori celle qui lui est le plus favorable*. »

[648] MILLERIOUX (G.), « La subsidiarité de l'article 1171 du Code civil », Gazette du Palais, n°09, 2022, p.20 ; LATINA (M.), « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion en droit français », in Le contrat d'adhésion, Dalloz, n°17, 2018, p.135

Les premières décisions des juges du fonds semblaient d'ailleurs s'orienter vers la possibilité d'un cumul ou d'une option des textes[649].

L'aspect « nébuleux », souvent critiqué du déséquilibre significatif, en fait un « *concept mou à sanction dure* », qui a le mérite par sa plasticité de pouvoir ramener davantage d'équilibre dans de nombreux contrats[650]. La vocation première du déséquilibre significatif est d'ailleurs de protéger la partie faible. La notion de déséquilibre significatif a été créée pour cet unique objectif. Le cumul ou l'option auraient permis de pouvoir remplir plus largement cette fonction en étant plus en accord avec la philosophie qui entoure la notion.

Le Professeur Goldie-Genicon le rappelle dans sa thèse, le souci de ne pas avoir de règle claire concernant l'articulation du contrat induit que l'interprétation des juges a fait montre d'une certaine opportunité. L'adage *specialia generalibus derogant* dévoile à de nombreuses reprises ses limites.

517. **Une volonté de modération de la part des juges de cassation.** Lors de son élaboration en droit spécial des contrats, le déséquilibre significatif a fait trembler le monde des juristes qui craignaient une remise en cause trop aisée des contrats et une multiplication des litiges devant les juridictions. La prudence dont ont fait preuve les juges dans l'emploi de la notion a finalement apaisé ces craintes. Alors, faut-il envisager que l'intégration de la notion en droit commun a fait naître chez eux un besoin de venir rassurer une fois encore en corsetant immédiatement ce nouvel outil mis à leur disposition ? Une chose est certaine, depuis son élaboration, la notion en droit commun voit son domaine d'intervention se réduire progressivement[651].

Il est tout de même regrettable de voir que le droit commun plus protecteur voit son champ d'application réduit quand en parallèle le déséquilibre significatif du code de commerce continue son expansion.

[649] CA Paris, 5 novembre 2021, n°20/00022 ; CA Lyon 28 février 2020, n°18/08265

[650] STOFFEL-MUNCK (P.), « Le cantonnement du domaine de l'article 1171 : un joli coup pour la démocratie ? », Revue des contrats, n°02, 2022, p.16

[651] QUIROGA-GALDO (J.), « Clauses abusives : la Cour de cassation prend position sur l'articulation de l'article 1171 du Code civil avec les dispositifs spéciaux », Petites Affiches, n°4, 2022, p.72 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le cantonnement du domaine de l'article 1171 : un joli coup pour la démocratie ? », Revue des contrats, n°02, 2022, p.16. L'auteur rappelle que les pouvoirs publics n'ont eu de cesse de réduire le domaine d'intervention de l'article 1171. En effet, en 2015, le projet d'ordonnance visait une application à tous contrats. En 2016, il est restreint aux contrats d'adhésion. En 2018, il est de nouveau réduit aux clauses non négociables des contrats d'adhésion.

B) Le déséquilibre significatif du code de commerce en pleine expansion

518. **La portée extensive du déséquilibre significatif de droit spécial.** L'ordonnance du 24 avril 2019 a étendu encore un peu plus la portée de l'article L442-1, I, 2° réduisant ainsi encore un peu plus le champ d'application de l'article 1171 du Code civil. Il a déjà été rappelé que l'ordonnance a étendu l'application de l'article à toute personne *« exerçant des activités de production, de distribution, ou de services* », et désigné la victime comme « *l'autre partie* » et non comme le « *partenaire commercial* » comme c'était le cas antérieurement[652]. L'article a également ouvert le déséquilibre significatif à la phase de négociation du contrat[653].

519. **Un déséquilibre significatif de droit commun au rôle résiduel.** Dès lors, avec un champ d'application aussi large, quelle place est encore laissée à l'article 1171 du Code civil, si le cumul ou l'option ne sont pas permis [654]? Ce d'autant plus que la réforme du droit des contrats a en parallèle limité l'applicabilité de son article aux seuls contrats d'adhésion. L'auteur Mathias Latina s'interroge d'ailleurs sur la nature du texte de l'article 1171 du Code civil, estimant que puisqu'il ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion, il n'a pas la vocation générale d'un texte de droit commun. Sur ce postulat, il estime que les juges auraient pu décider de faire comme s'ils procédaient à une articulation entre deux textes de droit spéciaux[655]. Finalement cette conception n'a pas été retenue.

520. **Comment justifier cette expansion du droit spécial face à au droit commun ?** L'ordonnance est parue trois années après la réforme du droit commun des contrats et il est regrettable d'avoir voulu immédiatement concurrencer un article de droit commun qui pouvait apparaître comme plus protecteur. Il est clair que toute extension du texte spécial va venir empiéter sur le déséquilibre significatif de droit commun. Pourtant, cette extension peut se comprendre par un intérêt non négligeable pour les victimes : celui d'étendre le champ d'action

[652] V. supra n°442

[653] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019. Semaine juridique Entreprise et Affaires, n°29, 18 juillet 2019, 1363

[654] FERIEL (L.), « La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°19, 2021, p.1246

[655] LATINA (M.), « Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil », L'essentiel Droit des contrats, n°03, 2022, p.1 ; « i*l n'est pas certain que l'article 1171 soit, au sens strict, un texte de droit commun. Une règle de droit commun est, en effet, une règle qui a vocation à s'appliquer à tous les contrats, quels qu'ils soient. Or l'article 1171 n'est applicable qu'à une catégorie de contrats : les contrats d'adhésion. L'article 1171, d'une part, et les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-1 du Code de commerce, d'autre part, ne semblent ainsi pas être dans un rapport de « général » à « spécial ». Ils forment plutôt un « réseau » de dispositifs de lutte contre les clauses abusives qui se superposent partiellement.* »

du ministre[656]. Il ne faut pas oublier que dans les rapports déséquilibrés, les victimes n'osent souvent pas se retourner contre la partie adverse. Le ministre présente l'avantage de pouvoir attaquer de manière indépendance.

521. **Un droit spécial conquérant.** Dès lors il est normal de se demander jusqu'à quel point le droit spécial va venir « *cannibaliser* » le droit commun[657], sachant que contrairement aux réformes parcimonieuses du Code civil, le droit des pratiques restrictives de concurrence connait des changements réguliers.

La bonne foi et le déséquilibre significatif avaient un potentiel protecteur important pour les justiciables. Les juges ont pourtant corseté ces notions en les réduisant à un socle de protection minimum. La bonne foi est ainsi pour le moment limitée à être une règle de bonne conduite. Le déséquilibre significatif de droit commun pour sa part ne pourra être invoqué par les parties que dans les interstices d'une absence de règle spéciale en la matière. Le droit spécial devrait donc conserver les faveurs des plaideurs en justice.

En parallèle pour ces deux notions à la portée limitée en droit commun il est possible d'observer une stimulation de leur usage par le droit spécial des contrats.

Le nouveau droit commun va également par certains points se rapprocher de la rupture brutale des relations contractuelles de droit spécial, bien que là encore, son pouvoir protecteur sera moins important pour les justiciables.

Paragraphe 2 : Le support du droit commun en matière de rupture brutale des relations contractuelles

522. **Rupture brutale : un rapprochement du droit commun et du droit spécial.** Ces dernières années, un rapprochement s'est opéré entre la vision de la rupture brutale des relations contractuelles de droit commun et celle de droit spécial de la distribution dans les contrats à durée indéterminée.

Le droit commun des contrats a consacré dans la loi, à l'article 1210 du Code civil, la prohibition des engagements perpétuels. Il découle de ce principe la possibilité pour chaque

[656] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le nouveau déséquilibre significatif », Revue des contrats, 2019, n°116j, p.37

[657] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°29, 2019, p.1363, l'auteur pour sa part relativise les expansions de l'ordonnance du 24 avril 2019 et estime que les changements apportés ne sont pas drastiques s'ils sont comparés à la pratique antérieure.

partie de « *mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable*[658] ». En droit commun, le principe est donc celui de la liberté de rompre.

Pour cette raison, même si une des parties a opéré de lourds investissements, il est jugé de façon constante que l'auteur de ne rupture n'a jamais à motiver les motifs qui l'ont amené à ne pas renouveler le contrat[659].

Le droit spécial de la distribution n'est pas tout à fait animé par le même libertarisme. Les enjeux économiques importants et la teneur des investissements qui caractérisent souvent ces contrats ont conduit le législateur à encadrer davantage cette rupture. C'est ainsi que la signature des conventions récapitulatives annuelles ou pluriannuelles, qui s'ajoutent aux conventions des parties, a tendance à essayer de figer les relations pour une période minimale.

Dans cette même optique, la loi Galland avait introduit, dès 1996, l'interdiction de rompre brutalement les relations commerciales en instaurant un délai de préavis. A l'heure où le droit commun s'interrogeait encore pour savoir si les parties devaient ou non prévoir un préavis en cas de résiliation du contrat[660], le droit spécial non seulement en faisait une obligation, mais imposait en outre une durée parfois très importante.

Le nouveau droit commun et le droit spécial de la rupture vont finalement se rapprocher par certains aspects (I.) et leur articulation être précisée par les juges (II.)

I. Rapprochement progressif du droit commun et du droit spécial en matière de rupture brutale des relations contractuelles

523. **Des rapprochements notables.** A l'inverse du droit commun, le droit spécial est empreint d'une certaine réticence à accorder aux parties une liberté trop grande dans la rupture du contrat. Cependant, petit à petit, les deux notions tendent progressivement à se rapprocher.

Tout d'abord, il existe des exceptions ouvrant le droit à rompre le contrat sans préavis. L'article L442-1 prévoit que l'absence de préavis peut se justifier soit en cas d'inexécution soit en cas de force majeure. Ces deux motifs sont traditionnellement ceux invoqués en droit commun pour justifier de la résiliation d'un contrat. La nature de la faute est également identique puisqu'elle est, tant en droit spécial qu'en droit commun, délictuelle.

[658] Art. 1211, C.civ, Loi n°2016-131 promulguée le 10 février 2016
[659] V. supra n°380 et s.
[660] Cons.Const. 9 novembre 1999 : décision n°99-419 DC

Quant au droit commun de la rupture, si la liberté de rompre à tout moment est la règle, elle s'opère sous une certaine limite : celle du respect d'un délai raisonnable faisant tout de même écho au préavis de droit spécial.

524. **La fixation d'un délai maximum de préavis en droit spécial.** Ensuite, sur la durée du préavis, le droit spécial a évolué avec l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019[661] ; lors du passage de la rupture brutale de l'article L442-6, I, 5°[662] à l'article L442-1, II, la loi a ajouté l'alinéa suivant : « *En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois* [663]».

Cette limitation est heureuse et permet de fixer un « plafond »[664] au-dessus duquel le préavis ne pourra plus être sanctionné par le juge. Avant cette limitation, plusieurs critères étaient retenus par la jurisprudence pour définir la durée du préavis, tels que la durée de la relation entre les parties, le secteur d'activité, l'état de dépendance de la victime ou encore le volume d'affaires réalisées etc. [665].

525. **L'importance de fixer une limite.** En l'absence de limite, les juges ont parfois pu estimer que les délais de préavis pouvaient être très longs[666] et la partie voulant résoudre son contrat n'était pas à l'abri que lui soit reproché le fait de ne pas avoir respecté un préavis suffisant. Le problème de cette absence de plafond s'était d'ailleurs présenté peu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, dans un jugement du 21 mars 2018. En l'espèce, le distributeur Carrefour voulait mettre fin à la relation qui le liait à un fabricant depuis cinquante ans. Il envoya au fabricant sa décision de mettre un terme à leur relation commerciale avec un préavis

[661] Ordonnance n°2019-359, portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibée. Promulguée le 24 avril 2019

[662] Art. L442-6, C.com, Loi n°2016-1691 promulguée le 9 décembre 2016

[663] Art. L442-1, C.com, Loi n°2023-221 promulguée le 30 mars 2023

[664] PICOD (Y.), « Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L442-1 du Code de commerce », AJ contrat, 2019, p.201 ; CHAGNY (M.), « La refonte du Titre IV du Livre IV… en attendant une nouvelle réforme ? », RTD com, 2019, p.353 ; BUY (F.), « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », Dalloz, 2019, p.1122 ; DISSEAUX (N) ; LOIR (R.), « Réforme d'ampleur du droit des relations commerciales », La semaine Juridique Edition générales, n°23, 2019, act. 589 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence – Le droit français de la concurrence est-il devenu trop rigide ? », Contrats Concurrence Consommation, n°6, 2019, dossier 2 – La plupart des auteurs jugent ce plafond encore trop élevé. Il faut rappeler que le document de travail de la DGCCRF sur la réforme prévoyait initialement que si le juge considérait que le délai de rupture d'une relation commerciale établie était trop court, le délai maximal dont il tiendrait compte serait d'un an.

[665] V. supra n°259

[666] CA Limoges, ch. civ., 18 février 2015, n° 13/01488, Sté BMW France c/ SA Taurisson

de douze mois. Les juges ont cependant estimé qu'un préavis de deux ans devait être retenu au regard de « *l'analyse précise de la nature de l'activité confiée par la société Carrefour hypermarchés à la société Callithea, de la proportion qu'elle représentait dans son activité globale et des conditions dans lesquelles elle la réalisait* »[667].

En dehors de cette limite maximale des dix-huit mois, des incertitudes pourront toujours demeurer, mais elle permettra sans doute d'empêcher de nombreux contentieux à l'avenir. Elle est par ailleurs sécurisante pour les parties, puisqu'il faut rappeler que le pouvoir d'appréciation des juges en matière de délai de préavis est important et qu'il a déjà été jugé qu'ils n'étaient pas liés par ce qui avait été convenu contractuellement par les parties. Ainsi, même si le contrat prévoit une clause fixant le délai de préavis en cas de rupture, les juges peuvent toujours estimer que celui-ci est insuffisant[668].

526. **Limite du délai raisonnable.** En cela, le droit spécial se rapproche du droit commun des contrats et de la notion de délai raisonnable. Si le droit commun n'a pour sa part pas défini de limite au délai raisonnable, il va de soi que l'incertitude qui entoure la notion du « raisonnable » devrait être moins problématique. D'une part, parce que le délai de droit commun devrait être pour les contrats de distribution seulement supplétif vis-à-vis du délai de droit spécial. D'autre part, parce que pour les parties qui ne peuvent pas se voir appliquer le préavis de l'article L442-1 du Code de commerce, il y a de grandes chances que le droit spécial inspire le droit commun qui gardera l'étalon des dix-huit mois comme délai maximum de préavis.

Ces rapprochements soulèvent forcément la question de leur future articulation.

II. Une articulation du droit commun et du droit spécial progressivement précisée par les juges en matière de rupture brutale

527. **La nécessité d'une articulation sous forme de collaboration.** L'articulation du droit commun et du droit spécial ne devrait pas être marquée par une opposition mais au contraire par une action de concert de ces deux droits dans l'indemnisation de la victime (A), bien qu'une prééminence du droit spécial reste assez évidente (B).

---

[667] Cass.Com. 21 mars 2018, n°16-17.146 « *la rupture des relations commerciales d'une durée d'au moins quarante années et caractérisées par une dépendance économique de son partenaire, imposait à la société BMW France de respecter un préavis de 36 mois, à défaut duquel, la rupture apparaît comme brutale et ouvre droit à des dommages et intérêts pour la période de préavis non respectée* »

[668] V. supra n°260

A) La possible indemnisation de la rupture brutale sur le fondement du droit commun et du droit spécial

528. **Droit commun et droit spécial partagent un objectif commun.** Il s'agit de la volonté de ne pas empêcher une partie de se libérer d'un contrat sans avoir à se justifier, tout en imposant de laisser suffisamment de temps à son cocontractant pour qu'il puisse se retourner. Cette volonté commune permet une complémentarité de l'article L442-1 du Code de commerce et de l'article 1210 du Code civil.

529. **Une action complémentaire.** Pour autant, il ne s'agit pas d'un simple doublon de texte et la coexistence des deux articles est pleinement justifiée. Tout d'abord, il faut noter que les deux textes n'ont le même champ d'application et ne visent pas les mêmes cas de rupture.
L'article 1211 du Code civil est évidemment celui dont le champ d'application est le plus vaste puisqu'il concerne l'ensemble des contrats. Le champ d'application de l'article L442-1 du Code de commerce s'est quant à lui élargi au moment où il a remplacé l'ancien article L442-6, I, 5°. L'ancien article qui s'appliquait à « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* »[669] s'applique désormais à « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* »[670].
Cependant, l'article 1211 ne concerne qu'un seul cas de rupture : celui de la fin du contrat à durée indéterminée.
L'article L442-1 du Code de commerce s'applique uniquement pour les « relations commerciales établies », mais vise tant la résiliation d'un contrat à durée indéterminée que l'arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée. Ainsi, tout contractant dont le contrat à durée déterminée s'achève et qui ne relève pas du droit spécial ne pourra exiger aucune période minimum de préavis.

530. **Premiers enseignements sur l'articulation des textes.** Concernant l'articulation des deux textes, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 2 octobre 2019 une décision au visa de l'article L442-6 ; I ; 5° du Code de commerce mais parfaitement transposable au nouvel l'article L442-1 du Code de commerce.

[669] Art. L442-6, C.com, Loi n°2016-1691 promulguée le 9 décembre 2016
[670] Art. L442-1, C.com, Loi n°2023-221 promulguée le 30 mars 2023

Les faits de l'espèce opposaient un gérant-mandataire et son mandant au sujet du non renouvellement d'un contrat. Le gérant-mandataire assignait son mandant en paiement de dommage et intérêts en invoquant la rupture brutale de l'article L442-6, I, 5° et subsidiairement de l'article 1382 du Code civil (devenu l'article 1240 avec la réforme du droit des contrats).
La position de la Cour d'appel, qui n'avait pas fait droit à la demande subsidiaire du mandataire, est approuvée par la Cour de cassation qui précise que « *les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, étant exclusives de celles de l'article 1382, devenu 1240, du code civil, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu qu'en l'absence de toute faute délictuelle distincte établie, la demande fondée sur ce dernier texte devait être rejetée* »[671].

531. **La nécessité de deux fautes distinctes pour invoquer les deux droits.** La Cour de cassation retient donc que, pour solliciter l'indemnisation d'un préjudice issu de la rupture brutale des relations commerciales, la victime doit se fonder sur les dispositions de l'article L442-6 du Code de commerce. Il n'est pas possible de solliciter une indemnisation sur le fondement du droit commun en invoquant le même préjudice. En effet, bien que les deux indemnisations soient de nature délictuelle, elles doivent bien être distinguées et ne peuvent réparer le même dommage. En revanche, rien n'interdit à la victime d'invoquer à la fois le droit spécial et le droit commun à condition qu'elle apporte la preuve de deux fautes distinctes[672].

532. **La subsidiarité du droit commun.** La prise de position de la Cour de cassation semble cohérente puisqu'en raison de la nature de leurs sanctions, une application cumulée du droit commun reviendrait à nier la primauté de la règle spéciale. Ainsi, la décision s'inscrit dans une parfaite logique d'articulation entre le droit spécial et le droit commun. Les deux droits ont une vocation de protection commune et complémentaire. Il faut retenir que les dispositions du nouvel article L442-1 du Code de commerce sont exclusives de l'article 1240 du Code civil Pour autant, le droit commun le droit commun pourra retrouver son office pour toute faute qui n'est pas couverte spécifiquement par l'article L442-1 du Code de commerce ou si les conditions nécessaires à son invocabilité ne sont pas remplies. En l'état actuel de la jurisprudence, il est clair que le droit commun aura un champ d'intervention limité, puisque les

[671] Cass.com. 2 octobre 2019, n°18-15.676
[672] BUY (F.), « De quelques conflits de lois internes en droit des affaires », Dalloz, 2019, p.2257

juges ont tendance à admettre avec une grande souplesse le caractère établi et la brutalité de la rupture, facilitant l'usage de l'article L.442-1[673].

B) La prééminence du droit spécial dans l'échec de la négociation annuelle

533. **Sort du contrat en cas d'échec des négociations annuelles.** Cette question du sort du contrat en cas d'échec des négociations annuelles a longtemps laissé les professionnels de la distribution dans l'incertitude, la loi n'apportant aucune réponse claire à cette interrogation.
En s'appuyant sur la logique du droit commun, la convention entre les parties étant conclue pour une durée d'un, deux ou trois ans, elle devait être qualifiée de contrat à durée déterminée. Si, à la fin du contrat, les parties n'ont pas prévu de modalités de renouvellement et qu'elles poursuivent leur relation d'affaires, alors le contrat peut être considéré comme tacitement reconduit. Le contrat est poursuivi dans les conditions du contrat initial pour une durée indéterminée et peut être résilié à tout moment, à la condition de respecter un préavis contractuel ou à défaut un délai raisonnable.

534. **La poursuite des relations d'affaires fondée sur le droit spécial.** Faire l'application du droit commun serait méconnaître le droit spécial de la distribution qui impose un préavis particulier. Les contrats visés au titre IV du livre IV du Code de commerce sont soumis à des dispositions spécifiques qui doivent prévaloir sur le droit commun des contrats. En faisant application du droit spécial, en cas d'échec des négociations, il fallait donc poursuivre les relations dans le cadre du délai de préavis[674].

535. **Conditions tarifaires applicables à la prolongation.** La question s'est rapidement posée de savoir à quelles conditions tarifaires devaient se poursuivre ces relations « artificiellement » prolongées.
Si l'on se reporte au droit commun des contrats, la logique voudrait qu'il soit fait application du prix fixé au titre de la convention antérieure. Pourtant en pratique, lorsqu'un distributeur passe commande, il est souvent facturé au nouveau tarif qu'il a refusé lors de la négociation

[673] MOULY-GUILLEMAUD « Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels », Dalloz, 2019, p.2102, « *si la protection par le droit commun apparaît moins avantageuse, c'est parce que l'application de l'ancien article L. 442-6, I , 5°, fut trop généreuse* ».
[674] CHANTEPIE (G.), « Le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Premières parties : l'émiettement du droit des négociations commerciales) », Dalloz actualité, 2023,

annuelle. En réponse, le distributeur a tendance à déduire du règlement l'écart entre l'ancien et le nouveau tarif. Quel devait alors être, en réalité, le tarif applicable ?

En 2010, la CEPC a apporté une réponse en précisant qu'avant toute chose, il ne devrait normalement plus y avoir ni commande du distributeur, ni livraison de produit en cas d'échec des négociations annuelles au 1er mars. Elle a énoncé ensuite ne pas pouvoir apporter une réponse trop tranchée et qu'il revenait au juge « *de déterminer, en fonction des circonstances propres à chaque cas, à quelles conditions la vente a été conclues* »[675].

536. **Confirmation du maintien des conditions tarifaires antérieures.** Pourtant, la Cour de cassation ne va pas marcher dans les pas de la décision rendue par la CEPC et décide, dans un arrêt du 10 février 2015, que dans le cadre du délai de préavis, le maintien de la relation commerciale devait se faire aux conditions antérieures[676]. Les juges de cassation font bien référence à une « rupture brutale » et semblent donc faire application du préavis de droit spécial, mais ne donnent aucun fondement juridique précis pour justifier du maintien tarifaire.

Cette prise de position des juges peut s'avérer très préjudiciable pour les fournisseurs, en particulier ces dernières années, marquées par de nombreux événements (Covid 19, guerre en Ukraine) qui ont provoqué de fortes inflations pour les matières premières[677].

A défaut d'accord, des fournisseurs se trouvaient ainsi obligés de livrer leur distributeur à d'anciennes conditions tarifaires le temps de respecter leur préavis conventionnel et ce, alors même que les coûts de fabrication pouvaient potentiellement significativement augmenter[678].

537. **Une nouvelle procédure expérimentale.** Avec la loi du 30 mars 2023, le législateur a voulu prendre en compte cette nouvelle réalité économique en instaurant, pour une durée de trois ans, une procédure à titre expérimental. Désormais, la loi ouvre une option au fournisseur : « *à défaut de convention conclue au plus tard le 1er mars ou dans les 2 mois suivant le début de la période de commercialisation des produits ou services soumise à un cycle de*

[675] CEPC, avis n°10-15, 4 novembre 2010

[676] Cass.com. 10 févr. 2015, n° 13-26.414 P, Dalloz actualité, 4 mars 2015, obs. CHEVRIER (E.); D. 2015. 429 ; *ibid*. 2016. 964, obs. FERRIER (D.) ; AJCA 2015. 182, obs. CARVAL (S.); RTD civ. 2015. 381, obs. BARBIER (H.)

[677] Proposition de loi n°575 visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation, enregistrée le 29 novembre 2022. La proposition de loi parle même de « *période d'hyperinflation ».*

[678] Pour une vision contraire : CHONE-GRIMALDI (A-.S.), « Egalim 3 : une énième réforme des règles applicables aux relations d'approvisionnement de la grande distribution ». La semaine Juriidque Entreprise et Affaires, n°06, 2023, art. 152 L'auteur avance pour argument que la durée de préavis est souvent assez courte, du moins pour les petits fournisseurs et qu'en cas d'augmentation des coûts, il était possible d'invoquer le mécanisme de l'imprévision. Ce d'autant plus que l'imprévision a eu une reconnaissance légale avec la réforme du droit des contrats.

commercialisation particulier, *le fournisseur peut : 1° Soit, en l'absence de contrat nouvellement formé, mettre fin à toute relation commerciale avec le distributeur, sans que ce dernier puisse invoquer la rupture brutale de la relation commerciale au sens du II de l'article L. 442-1 du code de commerce ; 2° Soit demander l'application d'un préavis conforme au même II. Les parties peuvent également saisir le médiateur des relations commerciales agricoles ou le médiateur des entreprises afin de conclure, sous son égide et avant le 1er avril, un accord fixant les conditions d'un préavis, qui tient notamment compte des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties. En cas d'accord des parties sur les conditions du préavis, le prix convenu s'applique rétroactivement aux commandes passées à compter du 1er mars. En cas de désaccord, le fournisseur peut mettre fin à toute relation commerciale avec le distributeur, sans que ce dernier puisse invoquer la rupture brutale de la relation commerciale au sens dudit II ou demander l'application d'un préavis conforme au même II* »[679].

Si la partie décide de faire le choix du préavis, le tarif applicable devra prendre en considération les « *conditions économiques du marché* », conformément à l'article L442-1, II. L'idée sous-jacente est d'éviter que les distributeurs ne puissent bénéficier de l'application d'anciens tarifs au détriment de leurs fournisseurs.

538. **Une procédure au pouvoir déséquilibré.** Cette disposition a le mérite de trancher clairement la question du traitement de la période de préavis en cas d'échec des négociations, par l'intermédiaire du droit spécial des contrats. En revanche, il est possible d'avoir un regard assez critique sur le « déséquilibre » de pouvoirs que cette option confère aux seuls fournisseurs. Les professeurs Martine Behar-Touchais et Cyril Grimaldi n'hésitent d'ailleurs pas à parler de « *victoire des fournisseurs contre les distributeurs* » relativement aux changements opérés par cette nouvelle loi Descrozaille[680]. Aujourd'hui, il convient de rappeler qu'il existe de grands fournisseurs dont le pouvoir de négociation est déjà très fort, puisque leur renommée est telle que les distributeurs peuvent difficilement se passer de leurs produits. De nombreux professionnels voient dans cette loi une source de potentiels déséquilibres puisqu'elle donne aux grands fournisseurs des moyens de pression supplémentaires sur leurs distributeurs.

[679] Loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeur, publiée au journal officiel le 31 mars 2023, Article 9, II

[680] BEHAR-TOUCHAIS (M.), GRIMALDI (C.), « La loi Descrozaille dite « Egalim 3 ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°22, 2023, p.1169

539. **Conclusion.** L'efficacité du droit spécial en matière de rupture brutale lui donne une prééminence sur le droit commun, bien que les notions semblent se compléter et se répondre. Une fois encore, tout comme pour les outils de rééquilibrage que sont la bonne foi et le déséquilibre significatif, le nouveau droit commun agit davantage comme un support de protection complémentaire au droit spécial que comme un véritable rival.
Cependant, par d'autres moments, le droit commun semble ne plus être seulement un soutien, mais avoir même dépassé le droit spécial dans son rôle protecteur.

Section 2 : Un nouveau droit commun vers un dépassement du droit spécial des contrats de distribution

540. **Le potentiel de protection du nouveau droit commun.** Certains nouveaux textes issus de la réforme du droit des contrat semblent posséder un potentiel protecteur pour la partie faible important allant au-delà du droit spécial (paragraphe 1), pour d'autre ce dépassement sera sans doute plus relatif (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un dépassement du droit spécial potentiellement important

541. **Plan.** Le dépassement du droit spécial par le droit commun se constate à la suite du renforcement par les textes de la protection précontractuelle (I.) ainsi que par le nouveau vice du consentement que constitue l'abus de dépendance (II.).

I. Les espoirs d'un renforcement contractuel de la protection précontractuelle par le droit commun des contrats

542. **La protection précontractuelle.** Il est intéressant de noter qu'il existe en matière de protection précontractuelle un double mouvement : un déclin du droit spécial par un amenuisement de l'efficacité de la loi Doubin (A), et des apports de l'article 1112-1 du Code civil qui pourraient être intéressants pour les contractants en droit de la distribution (B).

A) Le déclin de l'information précontractuelle de la loi Doubin

543. **La loi Doubin.** Cette loi est codifiée à l'article L330-3 du Code de commerce, a pour vocation de promouvoir la transparence de l'information lors de la phase précontractuelle, au moyen d'un document d'information (DIP) devant être transmis au futur contractant au minimum vingt jours avant la signature du futur contrat et concernant « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité* »[681].

544. **Les limites de la loi Doubin.** Précédemment, au sein de notre étude, nous avons pu analyser les bienfaits que cette loi a pu apporter aux candidats de futurs réseaux de distribution[682]. Ce texte a eu le mérite d'essayer de sécuriser les contrats de distribution, en agissant au plus tôt dans la relation contractuelle. L'objectif était de renforcer le socle des négociations pour que soit acquise la certitude que les parties s'engagent en connaissance de cause.
Malheureusement, ces dernières années, il faut déplorer un appauvrissement de ce texte, dont le champ d'application (1) et les sanctions (2) s'amenuisent à mesure des différentes décisions jurisprudentielles prononcées.

1) Une diminution de l'exigence dans la transmission de l'information

545. **Étendue de l'information communiquée.** Tout d'abord, cette diminution d'exigence se constate au niveau de la détermination de l'étendue de l'information donnée. L'article R330-1 du Code de commerce liste l'ensemble des renseignements devant être transmis au futur contractant. Cependant, il a rapidement été considéré par la majorité de la doctrine que cette liste était insuffisante et qu'il manquait des informations indispensables, dont notamment celle du chiffre d'affaires des différents points de vente du réseau, ou du moins un point de vente comparable à celui du projet du futur contractant.
Cette liste est interprétée par les juges comme une liste limitative. Ainsi la tête de réseau qui fournira tous les éléments figurant dans l'article R330-1 ne pourra pas se voir reprocher un manque. L'obligation d'information précontractuelle se retrouve totalement bridée par ce

[681] Art. L330-3 du Code de commerce Loi n°89-1008 promulguée le 31 décembre 1989
[682] V. supra n°193 et s.

listing bien imparfaitement pensé. Nicolas Disseaux traduit cette vision limitative de la loi par une formule « Toute la loi Doubin, rien que la loi Doubin »[683].

546. **Les risques de transmettre plus d'information que nécessaire.** Ainsi la tête de réseau qui communiquerait plus que ce qui lui est demandé prend le risque que cela lui soit reproché. A titre d'exemple, rien n'oblige une tête de réseau à fournir des comptes prévisionnels d'exploitation. En revanche, si elle le fait, elle devra veiller à la sincérité de l'information qu'elle transmet pour ne pas que les chiffres annoncés dans le prévisionnel apparaissent comme fantaisistes[684]. Elle aura donc tout intérêt à ne rien faire.
En parallèle d'une diminution de l'information transmise en droit spécial, il est possible de dénoter un amenuisement des sanctions encourues.

2) Un amenuisement des sanctions encourues

547. **Une sanction sur le fondement du droit commun.** Sur le plan des sanctions, le texte prévoit seulement une sanction pénale au sein de l'article R330-2 du Code de commerce. En droit civil, depuis un arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 février 1998, il est de jurisprudence constante que le défaut d'information précontractuelle ne peut entraîner la nullité du contrat de franchise que s'il constitue un vice du consentement[685].

548. **Charge de la preuve.** Du point de vue de la preuve, il revient toujours à la partie se plaignant du défaut d'information d'apporter la preuve du vice. Certains auteurs, à l'instar de Daniel Mainguy et Jean-Louis Respaud, regrettent qu'en cas de carence totale du document d'informations précontractuelles, le vice ne soit pas simplement présumé[686].

---

[683] DISSEAUX (N.), LOIR (R.), *La protection du franchisé au début du XXIe siècle*, L'Harmattan éd, 2009, p57-58
[684] Cass.com. 11 février 2013, n°01-03932 ; Cass.com. 19 janvier 2010, n° 09-10980 ; Cass.com. 27 avril 2011, n°10-15.436
[685] Cass.com 10 février 1998, n°95-21906 ; JCP E 1998.894 Obs LEVENEUR (L.), JD.1998.334; Obs FERRIER (D.) ; Defrénois, 1998.733 obs DELEBECQUE (Ph.) ; LPA 23 sept.1998.18 MALAURIE-VIGNAL (M.) ; Cass.com 13 avril 1999, n°96-18423 ; CDE 1999 n°5.18 GRIGNON (Ph.), Cass.com. 16 mai 2000, n°97-16386 JCP E 2001, p.269 Obs NEAU-LEDUC (P.) ; Cass.com, 20 mars 2007, n°06-11290
[686] MAINGUY (D.), RESPAUD (J-.L.) « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », Jurisclasseur, Contrats Concurrence Consommation, n°3, mars 2003, chron 4, Pour justifier cette prise de position pour une présomption possible du dol D. Mainguy et J-L. Respaud s'appuient sur deux arrêts de cassation : un arrêt du 25 février 1997 concernant l'obligation d'information à la charge des professionnels de la santé et un arrêt du 15 mai 2002 qui avait pour objet l'obligation de renseignement d'un professionnel envers un consommateur. Dans ces deux arrêts la Cour de cassation juge que la preuve pèse sur celui à qui il revient de fournir l'information et ces auteurs proposent alors qu'il en soit de même pour la loi Doubin.

549. **Le « *dé-tricotage* » de la loi Doubin.** Trois arrêts rendus le 5 janvier 2016 ont emmené la loi Doubin vers un « *dé-tricotage* » encore plus édifiant, pour reprendre les mots de Marie Malaurie-Vignal[687]. Ces trois arrêts concernent des affaires entre des franchisés et un seul et même franchiseur, la société Assurtis. Il ressort de l'analyse de ces différentes décisions les conclusions suivantes :

- Si le franchisé a une bonne connaissance du domaine dans lequel il candidate, les informations devant être transmises conformément à la loi ne sont pour lui ni essentielles, ni déterminantes[688].
- Il est admis que le franchiseur puisse ne communiquer aucun chiffre dans le DIP transmis au franchisé du fait de la jeunesse de son existence et si le franchisé avait été informé de l'absence d'exploitation préalable du concept[689]. Cette dernière affirmation peut surprendre puisque la Cour ne semble en aucun cas être étonnée par l'argument fourni par le franchiseur qui est en opposition totale avec la définition même de la franchise qui repose sur la réitération d'une réussite commerciale, la transmission d'un savoir-faire secret, identifié et substantiel au franchisé[690].

550. **L'article 1112-1 du Code civil, source d'espoirs.** Le déclin de l'aura protectrice en matière précontractuelle du droit spécial a fait naître beaucoup d'attentes dans le nouvel article 1112-1 du Code civil. Il constituait sans nul doute une des mesures phares, très commentée, de la réforme du droit des contrats[691]. Pourtant, bien que cet article ait une utilité incontestable, l'analyse de la jurisprudence qui a succédé à sa promulgation laisse à penser que son apport en droit de la distribution est relatif.

B) Les apports prudents de l'article 1112-1 du Code civil en droit de la distribution

551. **Plan.** La rédaction de l'article 1112-1 du Code civil étend la protection tant du point de vue du champ d'application de l'information (1) que des sanctions applicables (2).

---

[687] MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le dé-tricotage de la loi Doubin », Contrats Concurrence Consommation n°3, Mars 2016, comm. 65

[688] Cass.com. 5 janvier 2016, n°14-15701 ; Cass.com. 5 janvier 2016 n°14-15710

[689] Cass.com. 5 janvier 2016, n°14-15705

[690] MALAURIE-VIGNAL (M.), « Franchise : défaut de transmission du savoir-faire et requalification du contrat », Contrat Concurrence Consommation n°1, 2012, comm.19

[691] V. supra n°305

1) L'apport de l'article 1112-1 dans l'étendue du champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle

552. **Un champ d'action étendu.** Le nouveau Code civil a consacré en matière précontractuelle un devoir d'information. Ce qui marque immédiatement, c'est l'étendue du domaine d'application du texte qui consacre un principe général pour l'ensemble des acteurs du droit des contrats[692]. A ce titre, il est certain que son domaine d'application est plus vaste que celui de la loi Doubin. Dès lors, la question de l'articulation des deux textes va forcément se poser.

553. **Le champ d'action plus restreint de l'article L330-3 du code de commerce.** Pour pouvoir invoquer cet article il est nécessaire de remplir deux conditions cumulatives pour pouvoir bénéficier du texte : la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne et un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Ainsi, par exemple, les contrats de distribution sélective ne bénéficiaient pas de la protection spéciale de la loi puisqu'ils n'impliquent pas d'engagement d'exclusivité ou quasi-exclusivité. Ils pourront désormais profiter de la protection de droit commun[693].

554. **L'article 1112-1 est d'ordre public.** Cela semble lui conférer une place privilégiée et essentielle dans l'équilibre des relations précontractuelles. Les parties ne peuvent donc l'écarter par le jeu d'une clause insérée dans le contrat[694].

555. **Vers un renforcement de l'obligation d'information précontractuelle ?** L'importance que le législateur a semblé donner au nouveau texte de droit commun et le déclin parallèle de la loi Doubin pouvaient laisser penser que le texte aller sonner le renouveau de l'obligation d'information précontractuelle[695].

---

[692] FABRE-MAGNAN (M.), « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », La semaine Juridique, Edition Générale, n°25, 2016, act. 706

[693] RIERA (A.), « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », 2017, p.155

[694] LECOURT (A.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », RTD, com., 2016, p.767

[695] RIERA (A.), « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », 2017, p.155 « *Alors que la « pauvre » loi Doubin est plus que jamais contestée, obsolescente, « détricotée », le nouvel article 1112-1 du code civil est-il de nature à lui donner une seconde jeunesse ?* » ; CRESSARD (B.), « Contrat de franchise et bonne foi », AH contrat, 2017, p.163 « *En cas de contentieux, il n'aura plus seulement à démontrer que les informations limitativement énoncées à l'article R. 330-1 visé au plus haut auront correctement été fournies à son cocontractant. Il lui reviendra en outre de justifier avoir effectivement*

Pourtant, quelques années plus tard, l'article 1112-1 du Code civil n'aura opéré aucune révolution significative. Ceux qui pensaient que les juges tireraient profit du caractère général de la formule imposant au contractant de transmettre toute « information déterminante » pour sortir du simple « listing » limitatif s'étant développé avec la loi Doubin doivent pour le moment nourrir quelques regrets[696].

556. **Illustrations.** Les décisions des juges du fond rendues depuis la réforme du droit commun en 2016, n'exigent jamais plus que ce que le DIP de l'article R330-1 de la loi Doubin prévoit[697]. A titre d'exception, il est possible de citer un arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 26 avril 2022[698], dans lequel les juges ont reproché à un franchiseur de ne pas avoir communiqué des informations sur des exploitants sortants, et ce, alors même que cette information n'est normalement pas imposée par l'article R330-1 du Code de commerce et que ces mêmes exploitants étaient finalement restés dans le réseau.
Cette décision a pu être analysée comme une inspiration de l'article 1112-1 du Code civil et une volonté des juges d'imposer au franchiseur d'aller au-delà des seules exigences de l'article R330-1 du Code de commerce. Cependant, les juges ne citent pas l'article 1112-1 du Code civil pour fondement, celui-ci étant au demeurant inapplicable puisque le contrat en cause avait été conclu en 2013[699].

557. **Articulation des droits.** En termes d'articulation entre le droit commun et le droit spécial des contrats, il est difficile de savoir avec certitude aujourd'hui quelle serait la position des juges dans une affaire dans laquelle un des contractants estimerait que son partenaire ne lui a pas fourni une information ne figurant pas dans les obligations imposées par la loi Doubin. Le droit commun doit-il être invocable par les parties en complément du droit spécial ? Ou au contraire, doit-il être rejeté par les juges au principe que la règle spéciale chasse la règle générale ?

---

transmis « les informations ayant une importance déterminante pour le consentement » du concessionnaire ou franchisé »

[696] DUTTO (V.), « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », AJ contrat, 2017, p.159

[697] CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 31 Mai 2023, n°21/10013 ; CA Rennes, 3e chambre commercial, 6 juin 2023, n °21/03634 ; CA Saint-Denis (Réunion), Chambre commerciale, 29 Novembre 2019, n°17/01517

[698] CA Angers, 26 avril 2022, n°18/00008

[699] GOUACHE (J-.B.) ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Actualité du droit de la franchise 2022 », Contrats Concurrence Consommation, n°2, 2023, étude 2

558. **Un objectif commun de protection.** Les deux règles sont animées par la même volonté de protection et il serait pour le moins étrange d'empêcher le contractant qui est soumis à la règle spéciale, créée à l'origine dans une volonté de protection, dans une situation moins favorable que s'il était soumis à la règle générale. Le problème de l'adage *specialia generalibus derogant* est qu'il cultive souvent une vision antagoniste et contradictoire des rapports entre droit spécial et droit commun.

Pourtant, l'approche devrait être celle reprise par le professeur Goldie-Genicon s'inspirant des travaux du Doyen Carbonnier et retenant que la « *vocation du droit commun à s'appliquer à tous les contrats, même pourvus d'une règlementation particulière, doit se traduire sur le terrain du concours de normes. Le principe devrait être celui de l'option, voire du cumul, entre règle communes et règles spéciales. Le droit commun doit, tant qu'aucune disposition n'y fait obstacle, conserver son empire et chacun des contractants pouvoir librement choisir entre les règles que lui offre le droit commun et celles que lui offre le droit spécial, ou même requérir leur application conjointe* »[700].

559. **Propos conclusifs.** Si l'apport de l'article 1112-1 dans l'étendue du champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle est important par l'élargissement qu'il a entraîné pour l'ensemble des contrats, il ne vient en revanche pas bouleverser l'équilibre jurisprudentiel qui s'était développé autour de l'article L330-3 du Code de commerce. Il est dès lors légitime de s'interroger sur le fait de savoir si davantage de changements se sont opérés sur le terrain des sanctions.

2) L'apport de l'article 1112-1 du Code civil dans les sanctions du non-respect de l'obligation précontractuelle

560. **Un type d'erreur propre à la loi Doubin.** Traditionnellement, la loi Doubin est sanctionnée sur le fondement du droit commun des contrats. Les parties peuvent soit solliciter l'octroi de dommages et intérêts, soit réclamer la nullité du contrat signé. La nullité s'allègue sur les fondements classiques du dol et de l'erreur, mais également sur un fondement propre et exclusif à la franchise : l'erreur sur la rentabilité.

---

[700] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.483 et s. ; CARBONNIER (J.), obs. sous Cass .civ 1re, 19 juillet 1960, RTD civ, 1961, p.333 ; Rapport LEDUC (F.), « les rapports entre les différentes responsabilité du fait d'autrui », n°6, p.19 ; SERINET (Y.-M), *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente, thèse*, Paris I, 1996, n°8 et s., p. 11 et s.

561. **Interrogations entourant l'avenir de l'erreur sur la rentabilité.** A la suite de la réforme du droit des contrats, nous étions en droit de nous interroger sur la réutilisation de cette erreur exclusive à la franchise. Nous avions d'ailleurs déjà fait part de la possibilité que l'article 1136 du Code civil, relatif à l'erreur sur la valeur, vienne remettre en cause la jurisprudence de l'erreur sur la rentabilité.

562. **L'erreur sur la rentabilité dans un esprit de continuité.** Pour autant, une fois encore, pas de bouleversement annoncé depuis la réforme de 2016. La Cour de cassation a rendu en 2020 deux arrêts pour des contrats de franchise.

Le premier arrêt du 10 juin 2020[701] retient classiquement[702] qu'un prévisionnel irréaliste peut caractériser une erreur sur la rentabilité si l'erreur a été déterminée dans le choix du franchisé de conclure le contrat.

Dans un second temps, la chambre commerciale de la Cour de cassation[703] vient légèrement circonscrire le domaine des prévisionnels irréaliste. En effet, afin d'éviter que le franchisé ne puisse trop facilement se défaire de son contrat[704], elle décide que si le prévisionnel erroné n'a été ni élaboré[705], ni communiqué par le franchiseur, la nullité du contrat ne peut pas être accordée. La base légale retenue pour la décision est classiquement celle de l'article 1110 devenu 1132 du Code civil.

563. **Pas de révolution en matière d'information précontractuelle**. La réforme a-t-elle entrainé un grand chamboulement de la protection précontractuelle de l'information ? Il est possible aujourd'hui d'affirmer que ce n'est pas le cas. Pourtant, le contentieux précontractuel

[701] Cass .com, 10 juin 2020, n° 18-21.536

[702] MALAURIE-VIGNAL (M.), « Erreur sur la rentabilité et prévisions manifestement irréalisables », Contrats Concurrence Consommation, 2020, comm. 139 « *La jurisprudence applique la solution consacrée par le fameux arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 octobre 2011* ».

[703] Cass.com, 24 juin 2020, n°18-15.249

[704] DISSEAUX (N.) ; LOIR (R.), « Le droit de la franchise, un bateau ivre », Dalloz, 2022, p.571« *L'évolution de la jurisprudence relative à l'erreur sur la rentabilité atteste au contraire d'un laxisme peu satisfaisant. Au rebours d'une jurisprudence initiée le 4 octobre 2011, la Cour de cassation a décidé, le 25 juin 2020, que l'erreur sur la rentabilité du concept d'une franchise ne peut conduire à la nullité du contrat pour vice du consentement du franchisé si elle ne procède pas de données établies et communiquées par le franchiseur. Probablement lassée d'un contentieux récurrent dont elle entend désormais fermer les vannes, la Cour de cassation restreint les moyens du franchisé de contester la validité d'un contrat en tirant argument de projections exagérément optimistes.* » ; DISSEAUX (N.) « L'erreur sur la rentabilité en matière de franchise : fin de la partie ? », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°45, 2020, p.1443

[705] MAINGUY (D.) ; RESPAUD (J-.L.) ; DESTOURS (S.) ;DEPINCE (M.), « Droit de la distribution – Chronique », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°50, 2020, p.1522

est toujours très nourri en jurisprudence. Les juges n'ont fait aucune utilisation opportune du nouvel outil de protection que pouvait constituer l'article 1112-1 pour augmenter la protection de la partie supposée faible du contrat. La Cour de cassation semble au contraire s'inscrire dans la pure lignée de sa tradition jurisprudentielle déjà bien établie en la matière[706].

564. **Volonté de généraliser la protection précontractuelle.** Il n'est en revanche pas encore possible de confirmer que les juges feront ou non une application cumulative des articles. Cependant, cet usage précautionneux du nouvel article 1112-1 du Code civil par les juges laisse entrevoir une tendance. L'article n'avait peut-être que pour seule et unique vocation de s'appliquer à l'ensemble des contrats. Ainsi, par phénomène de « *contagion* », le modèle de sécurisation des relations précontractuelles testé et approuvé par le droit spécial de la distribution (mais également au sein d'autres droits spéciaux), a été élargi pour bénéficier à tous les contrats[707]. Il n'est donc pas certain que l'article 1112-1 du Code civil apporte un jour davantage de protection que l'article L330-3 du Code de commerce.
Un autre outil du nouveau droit commun des contrats pourrait sembler apporter plus de protection que ce qui existe déjà en droit spécial : l'abus de dépendance.

II.L'objectif commun de protection de abus de dépendance de droit commun et de droit spécial

565. **Innovation majeure ?** Lors de son élaboration, l'article 1143 du Code civil était considéré comme une des principales innovations du nouveau droit commun des contrats (A). La ratification de l'ordonnance de 2016 avait pourtant montré les premiers signes de défiance envers cet article. Aujourd'hui, de fortes incertitudes demeurent autour de cette notion, rendant son utilisation très limitée bien que les juges puissent encore la faire évoluer (B).

[706] MALAURIE-VIGNAL (M.), « La Cour de cassation sanctionne sur le fondement de l'obligation de sincérité des manquements du franchise à l'obligation d'information pré-contractuelle », Contrats Concurrence Consommation, n°1, Janvier 2017, comm. 7 « *Le présent arrêt s'aligne sur une jurisprudence nourrie qui soumet les obligations transmises par le franchiseur, en vertu de la loi ou au-delà spontanément, à l'obligation de sincérité (V. supra). Cet arrêt démontre qu'il n'est pas certain que la réforme du droit des contrats, qui a consacré une obligation d'information pré-contractuelle en l'article 1112-1 du Code civil, modifie substantiellement l'état du droit antérieur dans le domaine de la franchise.* » ; MALAURIE-VIGNAL (M.), « Une application classique et mesurée de la la Doubin », Contrats Concurrence Consommation, n°3, 2016, comm. 66

[707] JESTAZ (P.), « Droit commun et droit spécial », RTD civ. 2022, p.837 l'auteur voit dans l'article 1112-1 du Code civil, un « élément de verticalité », qui fait passer la protection spéciale de l'exception à la règle. La formule employée dans l'article est donc suffisamment générale pour pouvoir synthétiser l'ensemble de la jurisprudence sur le sujet et l'appliquer aux autres contrats.

A) Les espoirs nourris par l'abus de dépendance de droit commun

566. **Une renaissance de l'abus de dépendance.** Il a déjà été vu précédemment que l'article 1143 avait semé le germe d'un espoir, celui d'un renouveau de la notion d'abus de dépendance[708]. Cet article pouvait devenir une arme supplémentaire dans l'arsenal de mesures de protection de la partie faible dont l'ordonnance essayait de parer les juges.
Ainsi l'abus de dépendance crée une nouvelle forme de violence : la violence économique.

567. **Intérêt d'une reconnaissance légale.** Une ébauche de ce type de violence avait déjà été envisagé par le célèbre arrêt Bordas, mais la solution dégagée n'avait jamais été reprise par les juges par la suite. La Cour de cassation montrait une certaine réticence à consacrer pleinement cette notion sans habilitation du législateur[709]. Le droit commun allait donc reconnaître officiellement ce type de violence.

568. **L'article L420-2 du Code de commerce.** Le texte de droit commun en matière de violence économique fait forcément écho à l'article L420-2 du Code de commerce. Si la dépendance économique avait déjà une reconnaissance légale en droit spéciale, elle restait peu invoquée devant les tribunaux. Les raisons de ce désintérêt émanaient principalement de la difficulté à réunir les quatre conditions cumulatives nécessaires à sa mise en œuvre :

- L'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur avec le distributeur ;
- Les facteurs ayant conduit le fournisseur à concentrer ses auprès du distributeur ;
- L'importance du distributeur dans la commercialisation du produit ;
- L'absence de solution équivalente pour le fournisseur.

569. **Proposition d'un allégement de l'article L420-2 du Code de commerce.** Le 15 mars 2016, une proposition de loi a d'ailleurs été déposée à l'Assemblée nationale afin de mieux définir l'abus de dépendance économique. L'objectif affiché par cette loi était de réduire le nombre de critères nécessaires à la mise en œuvre de l'article[710]. Cette modification aurait

[708] V.supra n°566 et s.
[709] CLAUDEL (E.), « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses centres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) »,RTD com, 2016, p.460
[710] Proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique. 28 avril 2016, texte adopté n°722 par l'Assemblée nationale

permis de réactiver cet instrument « endormi », très peu utilisé par l'Autorité de la concurrence[711]. Le changement n'a pour l'heure toujours pas eu lieu, ce qui explique que les attentes se soient focalisées sur le droit commun.

Lors de la ratification de l'ordonnance de la réforme du droit des contrats, le Sénat insistait pour délimiter l'état de dépendance « à l'égard » du cocontractant, ce qui limitait aux seules parties au contrats, à l'exclusion des tiers, et excluait même la fragilité intrinsèque d'une partie. Cette nouvelle manifestation de défiance du Sénat envers cet article[712] est une preuve supplémentaire des craintes selon lesquelles l'abus de dépendance pouvait être la source d'une multiplication des contentieux[713].

570. **Des imprécisions textuelles.** La version définitive de l'article 1143 du Code civil dispose qu'« *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* ». Cependant, le texte restait muet sur des points très importants que la jurisprudence postérieure à la réforme allait avoir la charge de définir : tout d'abord, quant aux besoins de définition de la notion de dépendance, et ensuite quant aux conditions nécessaires pour prouver cet abus et l'avantage manifestement excessif.

571. **L'enjeu des futurs éclaircissement jurisprudentiels.** L'emploi futur du nouvel article 1143 du Code civil reposera sur les futurs contours que la jurisprudence donnera à ces différentes notions. Le risque, repose sur un rapprochement de l'article 1143 du Code civil et de l'article L420-2 du Code de commerce dont le haut niveau d'exigence était venu scléroser la notion.

[711] RODA (J.-C.), « Vers une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique », Dalloz, 2016, p.1304

[712] En première lecture, le Sénat avait souhaité limiter le domaine de la violence à la seule violence « économique ».

[713] SAUVAGE (F.), « Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités », AJ fam. 2016, p.475 ; DELPECH (X.), « Réforme de la réforme », du droit des contrats : le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision », AJ contrat, 2018, p.52 ; ROGUE (F.), « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? Dalloz, 2018, p.1559

B) Les possibles évolutions de l'abus de l'état de dépendance de droit commun face au droit spécial

Devenir de l'abus de l'état de dépendance. Pour l'heure, il est difficile de se prononcer sur l'évolution de l'abus de l'état de dépendance, puisque son intérêt va grandement dépendre de ses critères de mise en œuvre (1) et de son articulation avec le droit spécial (2)

1) Les incertitudes entourant un éventuel assouplissement de l'abus de l'état de dépendance de droit commun

572. **Une notion floue.** Le vice de violence économique régénéré par l'article 1143 du Code civil est apparu comme un nouvel outil entre les mains des plaideurs. En effet, les contours vagues qui entourent l'article risquent d'en tenter certains d'en faire une utilisation allant au-delà même de la conception première du texte.

573. **Illustrations.** Une des premières utilisations de l'article 1143 du Code civil s'est opérée dans le domaine du contrat de franchise. Dans un arrêt du 12 décembre 2019 rendu par la Cour d'appel de Paris[714], des franchisés du réseau Planet Sushi reprochaient à leur franchiseur d'avoir désactiver la possibilité pour leurs clients de commander en ligne. En effet, à la suite d'un changement du prestataire permettant de commander à distance, certains franchisés récalcitrants avaient refusé de régler les prestations de gestion des commandes en ligne, alors même qu'elles étaient proposées au même tarif que celle qui procédait précédemment ce service.

574. **Pas d'utilisation extensive de l'article 1143 du Code civil**. Les franchisés s'appuyèrent sur le nouvel article 1143 du Code civil pour réclamer la nullité de contrat de prestation, puisqu'ils estimaient avoir été contraints de signer le contrat avec le nouveau prestataire, filiale du franchiseur.
La Cour d'appel va rejeter la demande des franchisés en reprenant les critères de l'article 1143 du Code civil. Ainsi, elle précise « *la situation des franchisés ne caractérise par un état de dépendance* », et que le franchiseur n'a tiré de la situation « *aucun avantage excessif ou anormal* ».

[714] CA Paris, 8 janvier 2020, n°17/19362

Cet arrêt rendu sur le terrain des contrats de distribution, pouvait déjà rassurer les commentateurs qui voyaient dans l'article 1143 du Code civil une porte ouverte à une remise en cause systématique et trop simples des contrats. En effet, il rejette ainsi, peu de temps après la ratification de l'article, toute utilisation fantaisiste de la violence économique[715].

575. **Critères de mise en œuvre.** Pour les critères entourant l'abus de dépendance de droit commun, il y a pour le moment peu d'enseignements fournis par la jurisprudence. Ils seront évoqués brièvement puisqu'ils ne relèvent pas directement de décisions de droit de la distribution. En revanche, ils ne peuvent pas être omis au regard des répercussions importantes que pourraient avoir une invocabilité large de l'article 1143 du Code civil.

En effet, l'article 1143 du Code civil ne précise pas si aux critères de la condition de dépendance et l'avantage manifestement excessif nécessaires doit s'ajouter la preuve d'un abus distinct ou au contraire si cet abus est contenu dans la seule preuve de l'avantage excessif que retire une des parties au contrat. Les premières décisions des tribunaux étaient donc très attendues puisque l'usage de l'article par la pratique allait grandement dépendre du nombre de critères que le justiciable aller devoir apporter.

576. **Des décisions peu éclairantes.** Dans deux décisions récentes du 9 décembre 2021[716] et du 21 septembre 2022[717], la Cour de cassation, n'a pas clairement tranché sur l'interprétation du nouveau texte. Dans les deux cas, elle n'a fait que reproduire les constatations des juges du fond, sans jamais prendre position pour dire si les éléments avancés étaient utiles pour établir ou non un abus de dépendance. De plus, ces textes, bien que faisant référence à l'abus de dépendance étaient encore rendus au visa de l'ancien texte, puisque les affaires étaient antérieures à la réforme du droit des contrats de 2016.

Preuve supplémentaire du caractère obscur de ces décisions : leurs commentateurs ne parvenaient pas à s'accorder pour savoir si les juges souhaitaient faire ou non de la preuve de l'abus un critère indépendant de l'article 1143 du Code civil[718].

---

[715] GOUACHE (J-.B.), BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Actualité du droit de la franchise 2020 », Contrats, Concurrence, Consommation, n°2, Février 2021, étude 3 ;

[716] Cass.civ, 2e, 9 décembre 2021, n°21-10.096

[717] Cass.com, 21 septembre 2022, n°21-12.218

[718] Certains auteurs estiment que les juges réclament une preuve distincte de l'abus : LATINA (M.), « L'abus de dépendance (C.civ, art 1143) : premiers enseignements des juridiction du fond », Dalloz, 2020, p.2180 « *Les juges du fond ont pu exiger, à cet effet, des « actes (…) caractérisant l'emploi de violence », une « contrainte », une « pressions », une « menace » émanant directement du cocontractant, et non simplement du contexte dans lequel le contrat avait été conclu* », BARBIER (H.), « La violence par abus de dépendance, La semaine juridique, édition générale, n°15, 2016, 421 ; LAITHIER (Y-.M.), GENICON (T.), DESHAYES (O.), *Réforme du droit des contrats*

577. **Le critère de l'abus.** Enfin, une décision du 25 janvier 2023 rendu par la Cour de cassation[719], qui rejetait l'abus de dépendance, a relevé une absence de pression de la part de la partie dont l'abus était recherché. Cette décision de rejet pourrait laisser supposer que la Cour estime que l'abus est bien un critère autonome qui doit être démontré séparément. Ce d'autant plus que, contrairement aux décisions rendues précédemment par la haute Cour, cette décision insiste beaucoup plus sur l'absence d'actes de pression que sur l'absence de dépendance économique. Cependant, il ne faut pas tirer de conclusions hâtives puisque ce qui est valable pour le droit ancien ne sera pas forcément retenu pour le nouvel article 1143 du Code civil[720].

578. **Un impact relatif.** L'abus de l'état de dépendance n'a pour le moment ni provoqué de révolution, ni de raz de marée jurisprudentiel de justiciables souhaitant remettre en cause leur contrat. Pour autant, il est important de noter que les futures jurisprudences auront une incidence sur l'invocabilité de l'article. Une utilisation facilitée aurait sûrement de grosses répercutions en droit de la distribution, dont l'un des traits caractéristiques est celui d'un déséquilibre des relations entre les parties. Un tel climat serait sans doute sujet à faciliter encore davantage la reconnaissance de l'abus de dépendance.

2) Des incertitudes entourant l'articulation des articles de droit commun et droit spécial en matière de violence économique

579. **Articulation des droits.** Il est difficile d'anticiper l'articulation qui sera réellement faite entre l'article 1143 du Code civil et l'article L420-2 du Code de commerce, tant que les incertitudes vues précédemment demeureront. Cependant, les deux articles sont marqués par des différences qui peuvent justifier de préférer l'utilisation de l'un par rapport à l'autre (a). Reste à savoir si un choix sera réellement possible pour les justiciables (b).

---

du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2e éd, 2018, p.260, MOYA (K.), « La violence économique peut être invoquée par un avocat contre son client, mais s'agit-il d'une violence ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°27, 7 juillet 2022, p.1242 ; au contraire, d'autres auteurs pensent que la seule preuve de l'avantage manifestement excessif suffira à faire présumer l'abus : CHANTEPIE (G.), « Contrainte économique et indépendance statutaire d'un avocat », Dalloz, 2022, p.384 ; BOFFA (R.), MEKKI (M.), « Droit des contrats », Dalloz, 2022, p. 310 ; HOUTCIEFF (D.), « La violence économique régénérée ? », Gazette du Palais, n°16, p.4 ; LOISEAU (G.), VIRASSAMY (G.), SERINET (Y.-M.), « Droit des contrats – Chronique », La semaine Juridique Edition générale, n°07-08, 2022, doctr 257

[719] Cass.com, 25 janvier 2023, n°21-19.351

[720] BARBIER (H.), « Pour être source de nullité du contrat, la violence économique suppose la preuve d'acte(s) de pression, RTD civ. 2023, p.356 ; CABRILLAC (S.), « Cautionnement : appréciation stricte de l'existence du vice de violence économique », Defrénois, n°26, p.30

a) Des intérêts propres à chaque texte

580. **Des différences.** Il convient de se demander ce qui différencie l'article 1143 du Code civil et L420-2 du Code de commerce et quel intérêt aurait le justiciable à invoquer l'un plutôt que l'autre.

581. **Particularité de l'article 1143 du Code civil.** L'article 1143 du Code civil présente l'avantage majeur d'avoir un champ d'application très large, puisqu'il ne recouvre pas seulement la violence économique et qu'il peut s'appliquer à tout type de contrat et toute personne physique ou morale. L'article L420-2 du Code de commerce ne s'occupe de sa part que des abus entre entreprises qui portent une atteinte à la concurrence des marchés[721].
Ainsi, tout justiciable qui ne relève pas de l'article L420-2 du Code de commerce, pourra désormais se tourner vers l'article 1143 du Code civil. Cependant, pour l'objet de notre étude qui porte sur les contrats de distribution, la question de la concurrence entre ces deux articles va forcément se poser puisqu'ils porteront dans les deux cas principalement sur la violence économique.

582. **L'importance de l'objectif visé par les parties.** Il faut signaler que ce qui va différencier les articles reposera sur le résultat recherché. En effet, si la nullité ou les dommages et intérêts pourront être sollicités aussi bien en droit commun qu'en droit spécial, certaines sanctions seront spécifiques à l'article L420-2 du Code de commerce. Ainsi, le droit de la concurrence permet de sanctionner sévèrement les auteurs d'abus par de lourdes amendes, puisque conformément à l'article L464-2 du Code de commerce[722], le montant peut s'élever jusqu'à 10% du montant du chiffre d'affaires de la société jugée coupable. Il est également possible de prononcer des injonctions pour faire cesser une situation, ou de modifier une clause à l'intérieur d'un contrat. Autre différence significative, l'article L420-2 peut être invoqué directement par le ministre de l'Économie, bien que cette option ne concerne souvent que les gros acteurs du marché.
En revanche, du point de vue de la prescription, aucune différence entre les deux actions qui se prescriront au bout de cinq années.

[721] BARBIER (H.), « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats, RTD civ, 2016, p.837
[722] Art. L464-2, C.com, Ordonnance n°2021-649 promulguée le 26 mai 2021

Le droit de la distribution opposant des acteurs professionnels, les deux articles pourraient être potentiellement invocables par les parties, la question de leur articulation est donc une fois encore d'importance.

b) L'intérêt de prévoir l'articulation des textes

583. **Articulation de la violence économique et de l'abus de dépendance.** L'articulation entre l'article 1171 du Code civil et l'article L442-6 du Code de commerce a fait couler beaucoup d'encre, ce n'est pas le cas de l'article 1143[723]. Pourtant, la question de l'articulation des articles de droit commun et de droit spécial en cas de violence économique est importante, puisque les sanctions recherchées ne seront pas toujours tout à fait les mêmes. Cependant, cette question deviendrait presque essentielle si d'aventure la Cour de cassation décidait à l'avenir de faciliter le recours à l'article 1143 du Code civil pour les justiciables en limitant les critères de la preuve de la violence économique. En effet, la principale sanction recherchée par la partie sera bien souvent celle de la nullité du contrat, et si celle-ci est plus facile à obtenir sur le terrain du droit commun, les justiciables s'orienteront certainement vers les juridictions civiles.

584. **Un cumul envisageable.** Cependant, une partie pouvant bénéficier de la protection de l'article L420-2 du Code de commerce, sera-t-elle en droit de faire appel au droit commun ? Une application littérale de l'adage *specialia generalibus derogant*, laisserait supposer que l'article L420-2 du Code de commerce devrait primer chaque fois que ses conditions d'applications seraient réunies. Pourtant, il paraîtrait une fois encore contre-intuitif de ne pas permettre aux parties de recourir au droit commun si celui-ci devenait plus protecteur qu'un droit spécial plus ancien[724]. Le droit commun devant être le socle minimal de protection des parties[725]. Dans ce cas, il faudrait accorder un droit d'option ou de cumul des textes aux parties bien que cela puisse provoquer certaines difficultés de procédure[726]. Ce droit d'option est

[723] CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd, Dalloz, p.349 et s.

[724] En ce sens, BOURASSIN (M.), « L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats », Petites affiches, n°261, p.9 « *la primauté du droit spécial pourrait en outre dépendre de sa nécessité, à tout le moins de son utilité, ce qui conduirait à s'assurer qu'il est plus protecteur que le droit commun À défaut, il ne devrait pas y avoir dérogation au droit commun,, mais plutôt enrichissement mutuel d droit spécial et du droit commun, autorisant leur cumul ou une option laissée à la partie protégée* »

[725] CLAUDEL (E.), « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses centres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) »,RTD com, 2016, p.460

[726] THAUMIAUX (J.-L.), « Le juge consulaire face à la réforme du droit des contrats », Petites affiches, n°261, p.30

d'autant plus justifiable que les deux textes ne sont pas inconciliables et ont tous les deux un objectif commun de protection.

585. **Une articulation en lien avec l'avenir de l'article 1143 du Code civil.** Pour l'heure la question n'a toujours pas été tranchée par la jurisprudence et il y a fort à parier qu'elle ne se posera que si à l'avenir les juges facilitaient l'invocabilité de l'article 1143 du Code civil. Pour le moment, rien n'indique que les juges s'engageront sur ce chemin et s'ils le faisaient, il n'est pas certain qu'une réelle option entre les deux textes serait permise pour les justiciables. Lors de notre étude, il a été possible d'observer à plusieurs reprise une tendance du droit spécial à cannibaliser le droit commun des contrats en empiétant de plus en plus sur son domaine. Ainsi, si les juges faisaient une lecture plus souple de l'article 1143 du Code civil, il n'est pas impossible que les critères de l'article L420-2 du Code de commerce soient finalement revus, comme cela avait déjà été envisagé.

586. **Conclusion.** Le renforcement de l'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil et le nouveau vice de consentement de l'abus de dépendance de droit commun, sont des outils au potentiel protecteur important. Les incertitudes textuelles entourant ces articles pouvaient même laisser penser qu'ils permettraient au juge d'aller au-delà de la protection accordée par leurs équivalents en droit spécial. Pourtant l'étude des décisions parues jusqu'à ce jour démontrent que les juges semblent plutôt encrer ces notions dans le sillon du droit spécial sans qu'ils n'apportent un réel intérêt pour les justiciables autre que celui d'un élargissement du champ d'action. Il est donc intéressant d'étudier si d'autres notions de droit commun au potentiel protecteur plus relatif ont pour leur part apporté aux contractants un meilleur contrôle.

Paragraphe 2 : Un dépassement du droit spécial relatif

587. **Un droit commun dans les pas du droit spécial.** La réforme du droit commun des contrats a intégré dans ses textes deux évolutions que le droit spécial des contrats de distribution avait initiées. Ainsi, elle a généralisé l'interdépendance contractuelle au-delà de la location financière (I.) et a autorisé de manière inédite la révision pour imprévision (II.). Si l'apport de ces changements pour l'ensemble des contrats est important, il est nécessairement plus relatif pour les contrats de distribution qui bénéficient déjà d'une protection de droit spécial.

I. Le droit commun concurrencé par le droit spécial en matière d'interdépendance contractuelle

588. **La notion d'ensemble contractuel.** Un ensemble contractuel regroupe des contrats qui visent à réaliser une opération commune. La problématique de ces ensembles de contrat est courante en droit de la distribution. En effet, ce type de contrat est propice à la souscription de plusieurs contrats simultanés : un futur franchisé souscrira souvent en même temps un bail locatif ou un contrat d'approvisionnement. La question du devenir de ces contrats liés est donc importante lorsque l'un d'entre eux disparaît.

589. **Une vision large de l'ensemble contractuel.** Le droit spécial s'est saisi dès 2015 par le biais de la loi Macron de cette problématique. Il a été déjà vu précédemment au cours de cette étude, l'analyse de l'intention de cette loi qui cherchait à éviter que l'enchevêtrement de différents contrats avec des délais distincts ne devienne une manœuvre venant empêcher un affilié de quitter une enseigne[727]. Ainsi l'article L341-1 du Code de commerce, issu de cette loi, prévoit que la résiliation de l'un des contrats provoque la résiliation de l'ensemble des contrats[728].
La réforme du droit commun des contrats lui emboîtera le pas en consacrant la jurisprudence qui avait admis qu'en présence d'une location financière, la résolution de l'un des contrats pouvait entrainer la caducité de l'autre et ce même en l'absence de toute clause prévoyant cet effet. Le nouvel article 1186 du Code civil ira au-delà d'une simple consécration prétorienne puisqu'il élargira l'étendue de cette solution au-delà de la simple location financière[729]

590. **Plan.** Les deux articles ont donc une philosophie commune (A), celle d'éviter qu'une partie se trouve aux prises d'un contrat qu'elle a conclu uniquement dans le but de compléter un contrat annexe qui viendrait à disparaître. Pourtant la question de leur articulation n'est pas dénuée d'intérêts (B).

[727] Dans son avis n°10-1-36 du 7 décembre 2010, l'autorité de la concurrence avait remarqué ce type de pratique dans le secteur de la distribution alimentaire et avait encouragé le législateur à une harmonisation des durées et des modalités de résiliation de ces ensembles de contrat.
[728] V. supra n°271
[729] V. supra n°307

A) Une volonté commune de protection des contrats de distribution par le droit spécial et le droit commun en matière d'interdépendance contractuelle

591. **Des distinctions entre les droits.** Les articles L341-1 du Code de commerce et 1186 du Code civil présentent trois principales différences : tout d'abord une différence quant aux personnes pouvant bénéficier de la protection de ces articles (1), ensuite une différence quant aux conditions de mise en œuvre, enfin dans les sanctions applicables (2).

1) Du point de vue des personnes visées

592. **Personnes visées selon les articles**. L'alinéa 1 de l'article L341-1 du Code de commerce désigne les personnes pouvant invoquer la résiliation d'un ensemble de contrat. Désignation qui ne brille pas vraiment par sa précision[730] mais qui a le mérite de viser assez globalement les contrats de distribution.
Cependant, le texte prévoit tout de même des exclusions comme les magasins collectifs de commerçants indépendants ou encore le commerce de gros.
A l'inverse l'article 1186, dans sa logique de tronc commun pourra s'appliquer à tout justiciable.

593. **Un élargissement de la protection.** Ainsi, certains contractants qui relèvent des contrats de distribution et ne bénéficiaient pas de la protection de l'article L341-1 du Code de de commerce seront tout de même protéger par l'article 1186 du Code civil. Le nouveau droit commun a permis d'élargir la notion d'interdépendance contractuelle au-delà des contrats de distribution et de la seule location financière et permet ainsi d'améliorer encore la protection des contrats de distribution qui ne faisaient pas partie des personnes désignée au sein de l'article L341-1 du Code de commerce.
Des différences existent également quant aux conditions de mise œuvre ainsi que des sanctions applicables.

[730] V.supra n°277 et s.

2) Du point de vue des conditions de mise en œuvre et des sanctions applicables

594. **Conditions de mise en œuvre selon les articles.** Là où l'article L341-1 du Code de commerce vise des personnes ayant « *pour but commun l'exploitation* » d'un magasin de commerce de détail et « *comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune* », le droit commun lui vise deux hypothèses : une première objective, qui prévoit l'anéantissement d'un contrat s'il a rendu impossible l'exécution d'un autre contrat. Puis une seconde subjective pour des contrats dont l'exécution d'un autre contrat était une condition déterminante du consentement d'une partie.

595. **Un élargissement de la protection.** Il faut rappeler que l'article L341-1 du Code de commerce avait pour premier objectif d'empêcher la pratique qui consistait à mettre en place des échéances de contrats distinctes afin de restreindre la possibilité de sortie d'un membre d'un réseau de distribution. Ceci explique pourquoi le texte vise notamment le magasin de commerce de détail. Une fois encore, le droit commun par son approche à la fois objective et subjective de l'interdépendance, devrait s'appliquer plus largement que le droit spécial et permettra la protection de contrats, non couverts par l'article L341-1 du Code de commerce[731].

596. **Des incertitudes entourant l'article 1186 du Code civil.** Il restera tout de même à attendre d'analyser les décisions à venir en matière d'interdépendance contractuelle pour savoir quelle place accorderont véritablement les juges à la nature subjective de l'indivisibilité de droit commun. En effet, dans un arrêt du 15 mai 2024[732], la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la question de l'interdépendance de contrats de franchise à la suite d'un non-renouvellement de contrats de location-gérance. Les contrats avaient été conclus avant la réforme et l'article 1186 du Code civil ne leur était donc pas directement applicable. Si les juges ont confirmé la sanction de la caducité, ils n'ont pas été très clairs sur l'approche retenue.

[731] FERRIER (N.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires.* Lexisnexis, 2017, actualités du droit de l'entreprise. Attention parfois l'inverse pourra être vrai également, tout comme le rappel le professeur Nicolas Ferrier, l'expression « but commun » et très large et couvrira parfois des situations qui ne seraient pas retenue en droit commun. Pour reprendre son exemple : « *Dans le cas, par exemple, où le promoteur conclut deux contrats avec l'un de ses distributeurs sélectionnés, le premier pour les ventes réalisées dans le point de vente physique, le second relatif aux ventes réalisées par l'intermédiaire du site internet du distributeur, il y aurait indivisibilité au sens de la l'article L. 341-1 C. com., mais pas nécessairement au sens de l'article 1186 C. civ.* »

[732] Cass.com., 15 mai 2024, n°22-20.747

En effet, bien que les juges de la Cour d'appel aient relevé la présence d'une indivisibilité subjective entre les deux contrats en présence[733], la Cour de cassation en fait abstraction et laisse penser dans sa motivation qu'en l'espèce, ce sont les données objectives qui ont été décisives[734].

597. **Propos conclusifs.** Le nouveau droit commun est venu en 2016 élargir le spectre protecteur que l'article L341-1 du Code de commerce avait commencé à mettre en place pour les contrats de distribution. En revanche, ce qu'il est plus délicat à définir, c'est si le nouveau droit commun va avoir une incidence et renforcer les contrats de distribution qui étaient déjà protégés par le droit spécial. Cette problématique fait ressurgir la question de l'articulation de ces droits.

B) Des effets limités dans l'amélioration de la protection des contrats de distribution en matière d'interdépendance contractuelle

598. **Intérêt de la question de l'articulation des textes.** Notre étude permet de constater que le nouveau droit commun a une approche très similaire de celle du droit spécial en matière d'interdépendance contractuelle. Cependant, certaines différences entre les deux droits faisaient ressurgir la pertinence de la question de leur articulation. L'étude de la jurisprudence postérieure à la promulgation du nouveau droit commun vient cependant tarir l'intérêt de cette question, puisque tout d'abord un rapprochement des deux notions s'est opéré sur la possibilité de diviser volontairement deux contrats par le biais d'une clause (1). Ensuite, parce que même si les sanctions dégagées en droit commun et droit spéciales sont différentes, il y a peu de chance que le juge puisse véritablement avoir une vraie une marge de manœuvre dans le choix de la sanction applicable (2).

1) Un rapprochement du droit spécial et du droit commun sur la non-divisibilité volontaire des contrats

599. **La question de l'insertion d'une clause de divisiblité.** En droit spécial des contrats, pour les contrats de distribution, l'article L341-1 du Code de commerce, prévoit pour sanction

[733] GOUACHE (J.-B.), BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Actualité du droit de la franchise 2022 », Contrats Concurrence Consommation, n°2, 2023, étude 2

[734] MATHEY (N.), « Application des notions d'indivisibilité et d'intuitu personae en matière de franchise », Contrats Concurrence Consommation, n°7, 2024, comm. 109

que la « r*ésiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats* ». Cet article est d'ordre public, ce qui laisse supposer qu'il n'est pas possible de contourner cette sanction par le biais d'une clause de divisibilité[735].

En droit commun, au contraire, il n'est fait nulle part mention dans le texte que l'article 1186 du Code civil serait d'ordre public. Une partie de la doctrine[736] a donc envisagé qu'il serait possible, contrairement au droit spécial, de neutraliser les effets du texte par le biais d'une telle clause.

600. **Arguments pour une continuité avec l'ancien droit commun.** Le silence du législateur était d'autant plus surprenant qu'antérieurement à la réforme, des arrêts rendus en chambre mixte du 17 mai 2013[737] avaient affirmé que les contrats concomitants ou successifs s'inscrivant dans une opération incluant une location financière étaient interdépendants et que toute clause inconciliable avec cette interdépendance devait être réputée non écrites. Le nouveau droit commun avait-il vocation à revenir sur cette jurisprudence ? Certains arguments allaient en ce sens, puisque cela permettrait un meilleur respect de la volonté exprimée par les parties. Il est en effet, contraire à la philosophie du contrat de ne pas donner d'effet à une volonté clairement exprimée par les parties. De plus, si la seule volonté des parties peut rendre un ensemble de contrats indivisible, comment expliquer qu'une clause clairement exprimée ne puisse dire le contraire ?[738] Ensuite, d'un point de vue économique, la jurisprudence antérieure à la réforme fait porter tout le risque financier sur le bailleur alors même que ce risque a été accepté par le locataire. L'objectif est de contrecarrer un effet domino de disparition des contrats dont les conséquences financières peuvent être importantes[739].

---

[735] NOBLOT (C.), « La clause de divisibilité ou d'indépendance à l'aune de l'article 1186 du Code civil », Contrats Concurrence Consommation, n°5, 2017, form. 5

[736] KILGUS (N.), « Technique contractuelle – Les clauses d'indépendance (ou de divisibilité), Contrats Concurrence Consomation, n°4, 2021, dossier 4 ; DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2e éd, 2018, p.403 et s. ; pour une vision contraire BROS (S.), « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », Dalloz, 2016, p.29

[737] Cass.chambre mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768, D.2013.1658, note MAZEAUD (D.), D.2014.630, obs. AMRANI-MEKKI (S.) et MEKKI (M.), RTD civ. 2013.597, obs. BARBIER (H.), RTD com. 2013.569 LEGEAIS (D.)

[738] BOFFA (R.), MEKKI (M.), « Droit des contrats », Dalloz, 2024. P.275 ; HOUTCIEFF (D), « Droit des contrats – Chronique », La Semaine Juridique Edition Générale, n°09, mars 2024, doctr. 277

[739] KILGUS (N.), « Technique contractuelle – Les clauses d'indépendance (ou de divisibilité), Contrats Concurrence Consomation, n°4, 2021, dossier 4 ; DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2e éd, 2018, p.403 et s.

601. **Une confirmation de la continuité par la Cour de cassation.** Dans un récent arrêt du 10 janvier 2024[740], les juges de cassation ont été amenés à éclaircir cette situation sur le fondement du nouvel article 1186 du Code civil. La réponse qu'ils apportent est claire puisqu'elle reprend la solution qui avait été dégagée par les arrêts de chambre mixte de 2013 en considérant que les clauses inconciliables avec l'interdépendance doivent être réputée non écrites.

Droit spécial et droit commun se retrouvent ainsi rapprochés par cette décision en excluant dans les deux cas la possibilité d'insérer en matière d'interdépendance contractuelle des clauses de divisibilité. Le justiciable n'a donc pas plus d'intérêt à relever d'un droit plutôt que de l'autre s'il souhaite éviter l'effet domino de chute des contrats. Les deux droits s'accordent sur cette indivisibilité dont l'objectif principal est de protéger la partie faible[741].

Il faudra tout de même patienter pour voir si cette jurisprudence est généralisée[742]. En effet, la solution se borne pour le moment, tout comme l'ancienne jurisprudence rendue par la chambre mixte, au champ de la location financière[743].

602. **Transition.** Si les deux droits se rapprochent sur l'idée d'un rejet de l'acceptation des clauses de divisibilité, il reste une différence majeure qui les distingue : celle des sanctions applicables. Cependant, cette différence ne présente que peu d'intérêt si aucune marge de manœuvre n'est laissée au juge dans le choix de la sanction applicable.

2) L'absence de confirmation de l'existence d'une option des juges dans le choix de l'application des sanctions applicables

603. **Résiliation ou caducité.** Une différence importante existe dans l'interdépendance contractuelle de droit commun et celle de droit spécial. En effet, en droit spécial des contrats, l'alinéa 2 de l'article L341-1 du Code de commerce prévoit que la résiliation d'un des contrats

[740] Cass.com, 10 janvier 2024, n°22-20466

[741] GENICON (T.), « Table ronde : les défis du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommation, n°12, 2020, dossier 12

[742] CHANTEPIE (G.), « Interdépendance contractuelle, mode d'emploi », Recueil Dalloz, 2024, p.342, l'auteur estime par exemple pour sa part que la solution devrait être étendue « *aux opérations similaires pour lesquelles la Cour de cassation avait déjà affirmé l'inefficacité d'une clause de divisibilité (location avec option d'achat ou crédit-bail), mais aussi, plus largement, dans tous les montages conçus par une partie en vue d'une opération unique et auxquelles un contractant ne fait qu'adhérer. On songe, par exemple, à l'opération de franchise, laquelle intègre souvent, outre le contrat de franchise, des contrats de référencement et d'affiliation* »

[743] HELAINE (C.), « Caducité dans les ensembles contractuels interdépendants : l'incompatibilité de la clause de divisibilité confirmée dans le droit nouveau », Cass.com, 2024, FS-B+R, n°22-20.466

entrainera la résiliation de l'ensemble des contrats qui lui sont liés. L'alinéa 2 de l'article 1186 du Code civil s'appuie quant à lui sur la caducité. La disparition du contrat principal entraîne la caducité des contrats dont l'exécution est rendue impossible ou dont une l'exécution était une condition déterminante du consentement.

Le terme de « disparition » est ainsi plus large que celui de la résiliation[744]. De plus l'article 1187 du Code civil prévoit que la caducité peut « donner lieu à restitution »[745].

Autre différence d'importance, contrairement à la caducité, la résiliation ne libère les parties que pour l'avenir. Ainsi toutes les clauses contractuelles relatives au règlement des différends ou celles prévues pour gérer des situations post-contractuelles (clauses de confidentialité, de non-concurrence…) conservent leur efficacité[746].

L'article 1187 du Code civil semble donc accorder plus de souplesse dans la sanction que le juge pourra prononcer en s'adaptant à la situation du litige.

604. **Un choix pour le juge dans la sanction ?** En termes d'articulation, il est donc logique de se demander si le juge aura la possibilité de choisir entre la sanction prévue en droit commun ou celle de droit spécial si le justiciable relève à la fois de l'un et de l'autre de ces droits. La question n'a à ce jour pas été tranchée par la Cour de cassation, mais plusieurs éléments peuvent faire fortement douter que cette solution sera choisie.

Tout d'abord, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers du 7 mai 2019[747]. La Cour d'appel, pour rejeter l'interdépendance contractuelle que l'appelant voulait faire reconnaître, commence en premier à vérifier si les conditions de l'article L341-1 du Code de commerce étaient remplies. Ce n'est qu'à la suite du constat que les conditions d'application de l'article n'étaient pas remplies, qu'elle analysera si l'article 1186 du Code civil quant à lui applicable. La Cour semble ainsi ne rechercher l'application du droit commun, qu'après avoir confirmé que le droit spécial était bien écarté.

De plus, un regard général sur le nouveau droit commun des contrats nous montre que les juges n'ont pas véritablement saisi l'opportunité qui leur est parfois laissée et ont privilégié l'exclusion du droit commun au profit du droit spécial.

---

[744] STOFFEL-MUNCK (P.), « Réforme du droit des contrats : apports et incertitudes », Justice et cassation, 2017, p.264 : « *le nouvel article 1186 vise la disparition d'un élément essentiel du contrat. Son alinéa 2 vise la disparition du contrat lui-même. Il « disparaît » : qu'est-ce à dire ? Est-il résolu, résilié ? Ces difficultés sémantiques foisonnent* ».

[745] RIERA (A.), « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJCA, 2016, p.20

[746] HAGE-CHAHINE (N.), « Résolution – Résiliation », Répertoire de droit civil, 2021, n°358

[747] CA Poitiers, 7 mai 2019, n°18/00517

605. **Vers une potentielle absence de cumul des droits.** Une telle prise de position, si elle était amenée à être confirmée, serait d'autant plus regrettable que l'article L.341-1 du Code commerce et 1186 du Code civil ont un objectif commun de protection de la partie faible. Il serait dommage de voir, en droit de la distribution, un justiciable avec une sanction moins adaptée à sa situation et qu'il soit moins bien protégé du seul fait qu'une règle de droit spécial plus ancienne existe déjà.

606. **Conclusion.** Tout comme en matière d'interdépendance contractuelle, le droit commun semble apporter finalement peu aux contrats déjà soumis au droit spécial en matière de révision pour imprévision. Cela peut surprendre puisque l'article 1195 du Code civil est sans doute l'une des dispositions ayant fait coulé le plus d'encre de la part de la doctrine qui envisageait un véritable bouleversement du droit des contrats.

II. Le droit commun concurrencé par le droit spécial en matière de révision du contrat en raison de l'impact limité de l'article 1195 du Code civil sur les contrats de distribution

607. **La reconnaissance de la révision pour imprévision.** Nouveauté majeure de l'ordonnance du 10 février 2016, la reconnaissance de la révision pour imprévision au sein du Code civil a fait couler beaucoup d'encre en doctrine. Il faut dire qu'après des années de tentatives échouées de remise en cause de la jurisprudence Canal de Craponne, peu de juristes pensaient encore possible d'assister à la reconnaissance de la révision pour imprévision en droit français[748].

608. **Les craintes entourant cette reconnaissance.** Ce bouleversement ne s'est pas fait sans une certaine forme d'inquiétude de la part des professionnels du droit. Certains craignaient une trop forte immixtion du juge dans le contrat, puisque l'article 1995 du Code civil, autorisait le juge à pouvoir réviser le contrat. Lors de la loi de ratification, les sénateurs ont essayé de faire supprimer ce pouvoir de révision qu'ils estimaient contraire à la lettre de l'intangibilité des contrats.

[748] PRES (X.), « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », AJ contrat, 2018, p.112

Finalement, l'article ressort intact des navettes parlementaires mais aura nourri d'intenses discussions autour de l'étendue du pouvoir du juge[749].

609. **L'impact d'une telle reconnaissance.** Depuis lors, la reconnaissance de l'imprévision a-t-elle apporté un grand chamboulement dans le droit des contrats de distribution ? Intuitivement, il serait logique de le penser au regard du contexte dans lequel ces contrats évoluent : il s'agit de contrats qui s'étalent souvent dans le temps, dans des conjonctures économiques difficiles avec des nouveaux produits et services au devenir incertain. Fournisseurs et distributeurs auraient pu voir dans cet article, l'instrument privilégier d'une possible renégociation de leur contrat[750].

Pourtant, il est déjà possible de remarquer que le grand chamboulement n'aura pas lieu. En effet, même si le nouvel article 1195 du Code civil ne s'applique pas aux contrats signés antérieurement à la réforme (ce qui pourrait expliquer un décalage dans le temps du contentieux dans le domaine)[751], ses quelques premières années d'existence nous permettent déjà de pouvoir affirmer que sa reconnaissance n'entrainera aucun bouleversement du droit français des contrats (A)[752]. Pourtant cet article garde un intérêt juridique certain, notamment vis-à-vis du droit spécial (B).

A) Les causes de l'influence modeste de l'article 1195 du Code civil

610. **Un impact limité pour des raisons historiques**. La première raison est assez évidente : l'article 1195 du Code civil reconnaît la révision pour imprévision en droit commun, après des décennies de refus d'une reconnaissance jurisprudentielle ou légale. Par une telle prise de position les juges ont ainsi habitué les parties à être obligées de se responsabiliser. Ainsi pour anticiper un éventuel changement de circonstance, le droit des contrats et plus particulièrement le droit des contrats de distribution a pris pour habitude d'insérer en son sein des clauses permettant de revoir le prix fixé initialement : clause d'indexation, clause de renégociation

[749] CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », Dalloz, 2018, p.309 ; LIONEL (A.) ; THIBIERGE (L.), « Présentation générale » AJ contrat, 2018, p.252 ; MALLET-BRICOUT (B.), « Une ratification multidimensionnelle – A propos de la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018 », RTD civ. 2018, p.740

[750] LECLERC (F.), « Quel impact est susceptible d'avoir la réforme du droit des contrats sur les effets des contnrats de distribution ? », AJ contrat, 2017, p.200

[751] D'ALES (T.), « De la révision pour imprévision à la bonne foi contractuelle : analyse de l'efficacité relative des mécanismes légaux de renégociation du contrat », RDC, 2023, p.169

[752] TEYSSIER (C.), « L'imprévision : un bilan mineur pour une innovation majeure du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommateur, n°6, Juin 2023, étude 7 «

annuelle ou encore clause de Hardship. Ces clauses permettent pour les parties d'anticiper et de définir à l'avance les cas pour lesquels un événement qu'ils ne pouvaient initialement pas prévoir pourra entraîner une renégociation de leur contrat.

611. **Un impact limité en raison d'incertitudes.** Ensuite, l'article 1195 du Code civil est encore pétri d'incertitudes quant au niveau d'exigence que retiendront les juges sur les conditions à remplir pour reconnaître l'imprévision[753]. En effet, il ressort du texte que deux conditions devront être remplies pour que les parties puissent espérer y avoir recours : un changement de circonstances imprévisible d'une part et une exécution rendue excessivement onéreuse d'autre part. Malgré un contexte favorable aux litiges en matière d'imprévision, marqué par la guerre et l'épidémie de coronavirus, aucune application remarquée de l'article 1195 du Code civil ne ressort de la jurisprudence ces dernières années[754].
De plus, quand bien même les conditions de l'article 1995 du Code civil seraient réunies, encore faut-il qu'il n'ait pas été écarté par les parties. En effet, à quelques exceptions près[755], la doctrine estime assez unanimement que l'imprévision est revêtue d'un caractère supplétif[756]. Si, cette position devait se confirmer, il serait donc toujours possible pour les parties de s'entendre à l'avance pour écarter toute possibilité de se voir appliquer l'article.

612. **Un impact limité par crainte des conséquences de sa reconnaissance.** Enfin, l'idée forte qui se dégageait de la naissance de l'article 1195 du Code civil, était qu'il allait permettre

[753] APAVOU (R.), « La liberté de renégocier le contrat pour cause d'imprévision », Gazette du palais, n°37, p.9
[754] RAYNOUARD (A.), « Le contrat, outil de prévision, et la révision pour imprévision : la place du risque dans l'exécution du contrat », La semaine Juridique Ed générale, n°12, 27 mars 2023, doctr. 397
[755] LIBCHABER (R.), « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », Dalloz, 2020, p.1185 ; ROUVIERE (F.), « Révision pour imprévision : l'impératif économique est-il un impératif juridique ? », RTD civ, 2020, p.738 ; MERCADAL (B.), « Feu le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil sur l'imprévision », BRDA 2019/2020, 22
[756] CHENEDE (F.), « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », Dalloz, 2017, p.2214 « *La Chancellerie s'est toutefois montrée rassurante, en rappelant que les rédacteurs de l'ordonnance ont « clairement entendu faire de l'article 1195 un texte supplétif de la volonté des parties ». Les parties peuvent donc librement « aménager contractuellement les conséquences du changement de circonstances, tout comme elles peuvent limiter leur acceptation à certains risques "imprévisibles" ». Elles pourront également toujours prévoir des clauses d'adaptation, qui feront alors « obstacle à l'application de l'article 1195 » ».* ; RAYNOUARD (A.), « Le contrat, outil de prévision, et la révision pour imprévision : la place du risque dans l'exécution du contrat », La semaine Juridique Ed générale, n°12, 2023, doctr. 397 ; RECEVEUR (B.), « Droit commun des contrats versus Covid-19 : quelles réplique à la crise sanitaire ? – Esquisse d'un bilan épidermique des mesures et conséquences en la matière », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°21, 2022, p.1200 ; LEVENEUR (L.), BALONNE-BURINI (L.), BAUMGARTNER (F.), GENICON (T.), PEGLION-ZIKA (C.-M.), POULET (L.), « Droit des contrats – Table ronde : les défis du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommation, n°12, 2020, dossier 12 ; D'ALES (T.), « De la révision pour imprévision à la bonne foi contractuelle : analyse de l'efficacité relative des mécanismes légaux de renégociation du contrat », RDC, 2023, p.169

au juge d'intervenir sur le prix fixé par les parties au contrat. Cette idée pouvait paraître choquante dans droit commun des contrats français très attaché à l'idée de l'autonomie de la volonté. Pourtant le droit spécial s'est déjà emparé de cette problématique.
Ainsi, les articles l'article L442-1, 1e et L442-2,I, 2°, vus par certains auteurs comme des articles permettant au juge d'effectuer un véritable contrôle du prix[757]. De plus, la Commission d'examen des pratiques commerciales avait déjà, dans un avis rendu le 16 mai 2012, avancé que l'absence de clause de révision d'un contrat de distribution de longue durée ou à exécution successive était susceptible de caractériser un déséquilibre significatif[758].

613. **Une amorce de révision déjà présente en droit spécial.** Pour les contrats de distribution, l'article L441-8 du Code de commerce est intervenu sur la problématique spécifique des produits agricoles et alimentaires dont la durée d'exécution est supérieure à trois mois puisque ces produits étaient considérés comme particulièrement sensibles à la fluctuation du prix des matières premières. Pour lutter contre les abus, le texte impose la présence d'une clause de renégociation au sein du contrat.
A cela s'ajoute depuis la loi Egalim 2, une clause de révision automatique des prix des produits alimentaires, prévue par l'article L.443-8 du Code de commerce qui doit jouer « *en fonction de la variation du coût des matières agricoles, à la hausse ou à la baisse, entrant dans la composition du produit alimentaire ou du produit destiné à l'alimentation des animaux de compagnie* ».

614. **Transition.** L'article 1195 du Code civil est en quelque sorte concurrencé par les articles de droit spécial en raison de leurs préexistences et du flou qui entoure encore la notion. Pourtant une analyse des remèdes présentaiés par l'article montrent qu'il est loin d'être dépourvu d'intérêt.

B) Les possibilités d'un regain d'intérêt de l'article 1195 du Code civil

615. **L'important champ d'intervention de l'article 1195 du Code civil**. L'article 1195 du Code civil met dans les mains des juges des instruments utiles ouvrant un panel de solutions plus large que celui qui lui est offert en droit spécial.

[757] V. supra n°240, 440
[758] CEPC, avis n° 12-07 du 16 mai 2012

En droit spécial, l'article L441-8 du Code de commerce, pour sa part, impose certes par le biais de sa clause obligatoire insérée dans le contrat de ramener son cocontractant à la table des négociations. En revanche, le texte n'oblige à aucun moment le distributeur de produits alimentaires à accepter une hausse tarifaire. Le juge ne peut donc jamais intervenir directement sur le prix qui a été convenu entre les parties. L'article n'a vocation qu'à encourager et inciter les parties à renégocier sans jamais prévoir de contraintes[759]. Il faut également rappeler l'étroitesse du champ d'intervention des articles L.441-8 et L.443-8 du Code de commerce qui se limite aux produits alimentaires et matières agricoles. A l'inverse l'article 1195 du Code civil a vocation à s'appliquer à tout contrat subissant un changement de circonstances.
De même l'article L442-1, I, 2° permet quant à lui au juge s'il constate un déséquilibre significatif, seulement de pouvoir dans certains cas annuler la clause litigieuse ou bien de prononcer des dommages et intérêts en guise de réparation du préjudice subi par la victime. Le pouvoir d'intervention du juge ne s'appliquera que sur un point précis du contrat.

616. **Un véritable pouvoir d'intervention confié aux juges.** Ainsi, force est de constater que le pouvoir accordé au juge dans ces deux articles pour réviser le contrat est limité. A titre de comparaison, le droit commun au moyen de son article 1195 du Code civil autorise le juge intervenir sur la détermination du prix ou lui donner la possibilité de résoudre totalement le contrat[760]. Cette différence d'approche dans le pouvoir de sanction du juge donne tout son intérêt à la question de l'articulation entre droit spécial et droit commun en matière de révision pour imprévision du contrat. En effet, si pour l'heure les juges font preuve d'une grande prudence dans l'utilisation de l'article 1195 du Code civil, il ne faut pas exclure que cette position puisse à l'avenir évoluer.

617. **La question de l'articulation des textes.** Si cela devait arriver, il faut espérer qu'une application cumulative des articles de droit spécial et de droit commun serait privilégiée puisque l'article 1195 du Code civil recouvre des hypothèses plus larges que celles couvertes par les articles de droit spécial. Les articles de droit spécial apporteraient de plus « une couverture de protection » supplémentaire, pour tous les contrats qui y sont soumis et dont les plaideurs ont

[759] FOURGOUX (J.-L.), « La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires », AJ contrat, 2020, p.540 ; ERESEO (N.), « Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations » in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne 2017, p. 363 et s ; KERGUELEN (E.), « L'introduction de l'imprévision en droit commun des contrats : une ouverture trompeuse par rapport au projet initial de la Chancellerie », Éditions Législatives, 17 mars 2016
[760] KERGUELEN (E.), « L'introduction de l'imprévision en droit commun des contrats : une ouverture trompeuse par rapport au projet initial de la Chancellerie », Éditions Législatives, 17 mars 2016

décidé d'écarter par avance l'applicabilité de l'article 1195 du Code civil[761]. Pourtant, il est naturel de se montrer assez sceptique sur l'adoption d'une telle vision de l'articulation par les juges. En effet, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles[762], en matière de baux commerciaux, l'intimé soutenait que, puisque « *le statut des baux commerciaux prévoit de nombreuses dispositions spéciales relatives à la révision du contrat de bail (révision triennale, clause d'indexation), il n'y a pas lieu de faire application des dispositions générales de l'article 1195 ».* La Cour d'appel juge que c'est à bon droit que les juges du fond ont écarté l'application du droit commun. Cette prise de décision est d'autant plus lapidaire qu'elle ne donne aucune autre justification en dehors de la seule présence de la règle spéciale[763]. Cette décision s'inscrit pourtant dans la même logique que celle qui a été rendue en matière de déséquilibre significatif[764] et qui tend à n'opérer aucun cumul ni aucune option des solutions, quand bien même leur objectif est similaire. En se risquant de transposer cette même logique au sein des contrats de distribution, une application cumulative des articles L441-8 du Code de commerce et de l'article 1195 du Code civil ne serait alors pas autorisée.

[761] LEVENEUR (L.), BALONNE-BURINI (L.), BAUMGARTNER (F.), GENICON (T.), PEGLION-ZIKA (C.-M.), POULET (L.), « Droit des contrats – Table ronde : les défis du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommation, n°12, 2020, dossier 12.

[762] CA Versailles, 12 décembre 2019, n°18/07183

[763] TEYSSIER (C.), « L'imprévision : un bilan mineur pour une innovation majeure du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommateur, n°6, Juin 2023, étude 7

[764] V. supra n°505 et s.

CONCLUSION CHAPITRE 2

618. **Un rapprochement entre droit commun et droit spécial.** La rivalité entre le droit commun et le droit spécial n'est pas toujours marquée par le conflit, la contradiction et l'opposition. En effet, à la suite de la réforme du droit commun des contrats, un rapprochement évident s'est opéré entre celui-ci et le droit spécial des contrats de distribution puisqu'il a intégré les mécanismes de droit spécial visant à protéger les déséquilibres contractuels.

619. **Une rivalité persistante.** Le nouveau droit commun et le droit spécial des contrats sont donc désormais animés par un objectif commun de protection de la partie faible et partagent dans leurs textes des notions parfois très proches.

Dès lors, existe-t-il encore une rivalité entre ces droits ? Oui, la rivalité se poursuit bien que le rapport entre droit commun et droit spécial ne soit pas toujours un rapport d'opposition[765]. Ces deux droits se nourrissent l'un et l'autre afin d'évoluer. Cependant, ils entretiennent toujours entre eux des rapports d'influence. Pour prendre conscience de l'existence de cette concurrence, il suffit d'étudier l'importante doctrine qui milite pour l'autonomie de certains droit spéciaux[766]. Bien que la nécessaire subsidiarité du droit commun ne soit aujourd'hui pas véritablement contestée[767], il est évident que l'étendue du champ d'action d'un droit spécial sera en corrélation avec son rayonnement au sein du système juridique. L'utilité des règles pour les justiciables est dès lors un point à ne pas négliger.

Ainsi, si la rivalité est plus limitée, elle est toujours présente puisque même si des notions sont proches, elles conservent leurs différences. Le degré de protection n'est pas toujours le même et si le droit commun a parfois semblé s'inscrire dans un prolongement du droit spécial, il est par d'autres moments apparu aller au-delà de la protection de droit spécial déjà existante.

---

[765] UNTERMAIER (E.), *Les règles générales en droit public français, thèse*, LGDJ, 2011, n°867

[766] Il s'agit notamment d'une des grandes théories du Doyen Louis Trotabas au sujet de l'autonomie et du réalisme du droit fiscal TROTABAS (L.), *Essai sur le droit fiscal*, R.S.F, 1928, p.301 ; CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », Dalloz, 2003, p.280 ; GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.107 et s. ; DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°160 et s.

[767] BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°170 ; GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.54 et s. ; GRUA (F.), « La fée de l'horloge », RTD civ. 2001, p.323, « *Aucune loi ne peut être son Alpha et son Oméga* »

620. **Un nouveau droit commun en retrait.** Cependant, l'analyse des décisions de justice rendues depuis la publication de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats permet d'observer que pour le moment, les juges ont fait un usage très limité des mécanismes protecteurs que le droit commun avait mis à leur disposition. Ainsi, même les dispositions qui laissaient présager un véritable dépassement du droit spécial, n'apportent-elles pas de grands changements dans la protection dont bénéficiait déjà le justiciable relevant du droit spécial de la distribution.

621. **L'apport relatif du nouveau droit commun pour les contrats de distribution.** Le droit commun n'est pas dépourvu d'intérêt pour autant, puisqu'il a permis au travers de sa réforme de généraliser des mécanismes protecteurs destinés initialement uniquement aux contrats de distribution. Son impact sur les contrats de distribution paraît en revanche plus limité puisque les juges, par les précisions qu'ils apportent aux textes, semblent véritablement inscrire le droit commun dans le sillage du droit spécial.

CONCLUSION TITRE I

622. **Une réforme inspirée par le droit spécial de la distribution.** Le réforme du droit commun des contrats s'est grandement nourrie du droit spécial de la distribution pour redéfinir la physionomie de la nouvelle ossature qu'elle souhaitait donner à l'ensemble des contrats. Elle a ainsi opéré un virage avec les anciens principes qui animaient le Code civil de 1804 et qui étaient fondés sur l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle[768]. Le Code civil s'est ainsi approprié de nombreuses notions favorisant le rééquilibrage des contrats (déséquilibre significatif, l'abus de dépendance, interdépendance contractuelle, révision pour imprévision…) en permettant aux juges de s'immiscer dans la relation contractuelle des parties.

623. **Un droit commun conservant des traits propres.** Cependant, le Code civil ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats, il ne pouvait pas se contenter d'être une simple copie du droit spécial. Les rédacteurs ont pris le soin de conserver certains bastions propres à la philosophie du droit commun tel que l'interdiction pour le juge de contrôler l'équivalence des prestations. Le prix doit rester la chose des parties, et le droit commun continue de refuser un contrôle généralisé de la lésion.
Ils ont également développé, parfois un droit en opposition au droit spécial. Ainsi, par exemple le droit commun a-t-il développé dans sa réforme au sein de plusieurs textes un unilatéralisme contractuel, accordant le soin à une seule des parties d'intervenir sur le contrat. Ce même unilatéralisme que le droit spécial de la distribution semble chercher à éviter au maximum.
Dès lors, il en résulte forcément des situations de véritable affrontement entre les règles de droit discordantes.

624. **La recherche d'une collaboration des droits.** Concernant les règles les plus proches du droit spécial, il est possible de les diviser en deux groupes : celles qui se rapprochent beaucoup de la règle de droit spécial tout en possédant des différences et celles dont le potentiel protecteur semblait aller au-delà du droit spécial. Il s'agit dès lors d'une forme de rivalité limitée

[768] CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », Dalloz, 2003, p.280 et s. « *Ainsi, pour la majorité de la doctrine civiliste du XXème siècle, la substance du droit commun s'incarne dans les principes de l'autonomie de la volonté, d'égalité abstraite et de liberté absolue des sujets de droit ; ce qui la conduit à affirmer, comme s'il s'agissait d'un donné, que les phénomènes de déséquilibre de puissance économique ne sauraient être appréhendés par le droit commun 15 (sous entendu le droit civil)* »

puisque les deux droits ont un but commun : assurer la protection de la partie faible au contrat. Dès lors, l'idée serait de ne plus les opposer mais d'essayer d'imaginer comment ces règles peuvent coexister pour réussir à remplir au mieux leur objectif. La question de l'articulation des droits prend alors un rôle central et indispensable.

TITRE II : LA COMPLEMENTARITE ENTRE LE DROIT COMMUN ET LE DROIT SPECIAL DES CONTRATS

Le besoin d'assurer une bonne articulation des règles de droits. « *Le législateur contemporain a la fâcheuse tendance d'énoncer des règles sans s'occuper des rapports qu'elles entretiennent avec le reste du droit* »[769]. Cette critique que formulait le professeur François Grua en 2001 est toujours vraie aujourd'hui. Le législateur a ainsi procédé à une réforme d'ampleur sans vraiment anticiper comment assurer la complémentarité des règles nouvelles avec celles dont il s'était inspiré. Afin d'assurer cette complémentarité, deux acteurs nous semblent envisageables : le juge (chapitre 1) et le législateur (chapitre 2).

Chapitre 1 : Une complémentarité assurée par le juge

625. **Un rôle en évolution.** Le premier acteur venant intuitivement à l'esprit lorsqu'est évoquée la question de la complémentarité entre droit commun et droit spécial des contrats est le juge. Pour quelle raison ? Simplement parce que, jusqu'à la réforme du droit commun des contrats, c'est lui qui assurait leur articulation. Or, le rôle du juge a été bouleversé par la réforme ; alors qu'en théorie une majorité des observateurs de la réforme craignait que le juge ne soit trop présent dans la relation contractuelle liée entre les parties (Section 1), la réalité de la pratique démontre davantage un juge absent et en retrait, tant dans l'utilisation que dans l'interprétation des nouveaux outils (Section 2).

Section 1 : Les craintes d'un juge trop présent

626. **Des craintes nées de la réforme.** Dès la parution de l'ordonnance portant réforme du droit commun des contrats, une critique quasi unanime de la doctrine s'est élevée face à un rôle trop important accordé aux magistrats[770]. Selon ces auteurs, le juge tient dans la réforme « un

[769] GRUA (F.), « La fée de l'horloge », RTD, civ., 2001, p.319
[770] A contrario MEKKI (M.), « Qui dit contractuel, dit juge ? », Gazette du palais, 2016, n°14

rôle de premier plan »[771] pouvant « devenir central »[772] ; il est à la fois « un acteur principal » mais également un « coauteur permanent de la loi » [773]; il dispose de « pouvoirs d'appréciation considérables »[774] et serait même devenu avec la réforme une « troisième partie au contrat »[775]. Le juge serait ainsi omniprésent, d'une part du fait des pouvoirs importants que le législateur lui a confiés (Paragraphe 1), d'autre part en raison du délaissement de la question de l'articulation des droits de la part du législateur, dont il devra pourtant se saisir (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un nouveau droit commun enrichissant le pouvoir potentiel des juges

627. **Vers un juge acteur du contrat.** La réforme du droit commun des contrats est marquée par la multiplication de standards juridiques et de notions aux contours souvent peu ou mal définis par le législateur. Or, un lien de corrélation existe logiquement entre la précision d'un texte et la marge de manœuvre d'interprétation du juge. Ainsi, plus le texte est précis, plus le rôle du juge se limitera à veiller au respect de sa bonne application. A l'inverse, plus le texte est obscur, plus la jurisprudence aura une marge d'interprétation pouvant aller jusqu'à créer des obligations que le texte n'évoquait pas[776] (I). A cela s'ajoute une idée forte autour de laquelle s'est construit le nouveau droit commun des contrats et qui est également caractéristique des contrats de distribution : celle de la protection de la partie faible. Cette volonté d'intégrer dans le droit des contrats des instruments de rééquilibrage laisse présager une forte immixtion du juge dans la relation contractuelle des parties (II).

I. Les craintes d'un pouvoir créateur important du juge dans le contrat

628. **Une crainte ancienne vis-à-vis du juge.** Le nouveau droit commun des contrats a ravivé la crainte d'un juge créateur qui ne se contente plus de seulement « dire » la loi dictée

[771] MALLET-BRICOUT (B.), « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », Dalloz, 2016, p.494
[772] PENIN (O.), « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », Contrats, Concurrence, Consommation, n°8-9, 2017, étude 9
[773] MAZEAUD (D.), « La place du juge en droit des contrats », Revue des Contrats, n°2, 2016, p.353
[774] RONTCHEVSKY (N.), « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », AJCA, 2016, p.112
[775] VOGEL (L.), « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », AJCA, 2016, p.309
[776] AUQUE (F.), « Retour du juge par la loi ? » AJDI, 2016, p.184, selon l'auteur « *Lorsque la loi est claire, l'intervention du juge est purement mécanique* » et à l'inverse « *Les notions molles, les critères vagues renforcent considérablement son pouvoir ».*

par le législateur. Il est intéressant de s'interroger sur les origines de cette méfiance à l'égard des juges (A) mais aussi de comprendre les raisons pour lesquelles les nouveaux textes du Code civil laissent présager à une partie de la doctrine et des praticiens un large pouvoir d'interprétation des juges (B).

A) Les raisons de la crainte d'un retour du « juge créateur »

629. **Le rôle du juge.** L'analyse historique réalisée au sein de notre étude nous a permis d'observer une véritable évolution du rôle du juge. Le juge est passé de simple « bouche de la loi », selon l'expression consacrée par Montesquieu, à un juge « créateur » de droit.

630. **La figure historique du contrat de vente.** Le droit des contrats a longtemps été dominé par la figure particulière du contrat de vente dont les traits caractéristiques reposent sur le postulat de deux parties sur un pied d'égalité dont les volontés se rencontrent. Cet échange entraîne quasi-instantanément un transfert de propriété de la chose entre l'acheteur et le vendeur.

631. **Les problématiques spécifiques des contrats de distribution.** Les contrats de distribution s'inscrivent dans une logique à rebours de celle du contrat de vente, reposant sur des relations qui s'inscrivent dans le temps et dont les rapports de force sont souvent déséquilibrés. Une mutation du contrat s'est opérée, avec de plus en plus de formes de contrats s'inscrivant dans la durée[777].
Or, le juge ne possédait pas les armes pour répondre aux problématiques spécifiques de ce nouveau type de contrat[778].

632. **Une première phase d'interprétation extensive du droit civil.** Démuni de tout outil

[777] MEKKI (M.), « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », Revue des contrats, 2016, n°02, p.400 « *Le contrat s'inscrit de plus en plus fréquemment dans la durée. Il est à exécution successive. Il est parfois au fondement d'un lien institutionnel que la doctrine qualifie de contrat-organisation, contrat-coopération, contrat-alliance, contrat-partage, ou contrat relationnel, etc. il n'est plus seulement question d'un contrat isolé mais d'ensemble de contrats interdépendants. Il est devenu un trait d'union entre le passé et l'avenir* ».
[778] BEAUCHARD (J.), « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit*, *mélange Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008 p. 37 « *on peut dire que le secteur de la distribution a pour une bonne part contribué à l'évolution du droit commun des contrats. Ce secteur économique, lui-même très créatif, en évolution constante et rapide, a posé bien des questions nouvelles* » ; MAINGUY (D.), « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999, p. 185 « *L'emprise du juge sur le contrat, parfois dénoncée, n'est jamais que la réponse à l'incapacité des tenants de la loi contractuelles individualiste à permettre au contrat de résister à la durée ».*

spécifique, le juge s'est mis à faire une interprétation de plus en plus extensive de certaines notions de droit commun. La bonne foi ou la cause ont ainsi passionné la doctrine, qui s'interrogeait régulièrement pour savoir jusqu'à quel point ces notions pouvaient être « tordues » par les juges afin de réussir à protéger correctement la partie faible.

Il est frappant de noter que toute cette nouvelle phase d'interprétation extensive du droit civil est intervenue dans des espèces relevant presque systématiquement des contrats de distribution. Ce faisant, le juge est sorti de son rôle de « diriger l'application » des lois – ainsi que le souhaitait Portalis – pour tendre à assurer l'évolution et l'adaptation de notre droit des contrats à de nouvelles réalités économiques[779]. D'aucuns parleront d'un mouvement de moralisation des contrats d'affaires[780].

633. **L'intervention du législateur.** Les juges semblaient être ensuite revenus à davantage de sagesse lorsque le législateur s'était attelé à développer, par le biais du droit spécial, de nouveaux instruments de contrôle de l'équilibre des relations en droit de la distribution (information précontractuelle d'information, déséquilibre significatif, rupture brutale etc.). Ainsi, à titre d'exemple, le juge avait pu s'arroger, à l'aide de la notion de cause, un véritable contrôle de proportionnalité du contrat en vérifiant l'équivalence des prestations avant de sembler faire machine arrière en 2009 dans un arrêt de revirement[781].

De même les fameux arrêts Huard et Chevassus-Marche avaient laissé entrevoir la possibilité d'une révision du contrat de distribution par le biais d'une interprétation extensive de la bonne foi. Pourtant, la solution dégagée par ces décisions ne sera jamais réitérée par la suite[782].

Ce retour à un juge plus « raisonnable » a rassuré certains auteurs, notamment ceux qui craignaient une trop grande immixtion du juge dans les affaires des parties.

634. **La réforme.** La réforme du nouveau droit commun des contrats a pourtant réactivé autour du juge un climat de méfiance. En effet, l'intégration de la logique des contrats de distribution, souvent marqués par un plus grand « interventionnisme » des juges, a fait craindre

---

[779] MAZEAUD (D.), « La place du juge en droit des contrats », Revue des contrats, 2016, p.353 ; FERRIER (N.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires.* Lexisnexis, 2017, actualités du droit de l'entreprise « *partir des contrats de distribution est éclairant car c'est principalement à leur propos, ou du moins sur leur modèle, que les oppositions se sont cristallisées et les opinions forgées* »

[780] BEAUCHARD (J.), « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit, mélange Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008 p. 43

[781] V. supra n°117 et s.

[782] V. supra n°140 et s.

que la logique de justice contractuelle vienne empiéter sur le principe d'autonomie de la volonté[783].

B) Les textes du nouveau droit commun des contrats, terreau favorable à l'interprétation des juges

635. **La place du juge dans la réforme.** La réforme du droit des contrats avait-elle pour objectif de ramener le juge « dans le rang » grâce à un législateur reprenant son rôle et sa place en droit commun des contrats ? De nombreux auteurs ont partagé cette vision des objectifs de la réforme. Pourtant, dès la lecture du projet de réforme des craintes ont été exprimées quant au rôle que le législateur semblait accorder au juge dans sa réforme[784]. La multiplication des standards juridiques (1) laissait en effet entrevoir un risque accru d'interprétation extensive du juge (2).

1) Le lien unissant standards juridiques et contrats de distribution

636. **La multiplication des standards juridiques.** Le législateur a multiplié les « standards » juridiques qu'il est possible de définir comme *« une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé »* : il s'agit d'une *« notion-cadre », « étalon de la réalité »* visant *« à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité »*, selon le professeur Nathalie Blanc[785]. L'intérêt d'un standard est sa définition très large qui lui confère une grande plasticité. Par conséquent, plus une notion est floue, moins le juge est tenu par ce qui a été clairement édicté par le législateur, ce qui renforce sa marge de manœuvre[786].

---

[783] REVET (T.), « Le juge et la révision du contrat », Revue des contrats-n°02, 2016, p.373 « *selon les termes du rapport au Président de la République qui l'accompagne par la recherche d'un « équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté », recherche qui, selon le rapport, constitue « l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance ». Et le même texte de préciser, à cet égard, que « ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprochement des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires* ».

[784] LEVENEUR (L.), « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme », in colloque *Le projet de réforme du droit des contrats*, LGDJ, 2015, p.661 et s. l'auteur pointe d'une part la forme même de la réforme « *liberté* (du juge) *qui pourrait bien être ici favorisée par la nature du texte appelé à être édicté : une ordonnance, donc démunie de travaux préparatoires* », que le futur rôle des juges « *Tous les magistrats peuvent avoir assurément confiance en ce projet (rédigé par des magistrats, dans un bureau de la Chancellerie) qui leur donnera certainement de multiples occasions de se lancer dans des exercices de libre interprétation…* »

[785] BLANC (B.), « Le juge et les standards juridiques », Revue des contrats, 2016, p.394

[786] STURLESE (B.), « Le standard juridique serait-il ainsi l'ennemi de la sécurité contractuelle ? », Revue des contrats, 2016, n°113h1, p.398 , bien que l'auteur ne partage pas cette vision du standard juridique il explique

La multiplication des standards est surtout frappante par la proportion qu'elle a pu prendre avec le nouveau droit commun des contrats : ils sont passés de neuf à quarante en l'espace d'une seule réforme[787]. Le professeur Mustapha Mekki, qui manifeste ses craintes face à leur pullulement, en vient à parler de « pulvérisation des standards juridiques »[788].

637. **Une problématique ancienne...** Les craintes de la doctrine au moment de la réforme sont-elles justifiées ? Difficile de ne pas donner raison aux auteurs qui exprimaient des réticences vis-à-vis de la multiplication des standards juridiques. En effet, il est utile de rappeler qu'une grande partie du mouvement de déformation du droit commun avait pris appui sur des standards de l'ancien Code civil[789]. Les juges avaient indéniablement profité du périmètre peu ou mal défini de ces notions pour en tirer une interprétation extensive voire parfois aller au-delà en construisant de toute pièce de nouvelles obligations[790].

638. **… au service d'une moralisation du contrat.** Durant la période de déformation du droit commun, un lien étroit s'est tissé entre moralisation du contrat et standards juridiques. Le courant du solidarisme contractuel s'est grandement appuyé sur les notions de « bonne foi », de « raisonnable », d'« utile » pour justifier sa doctrine visant à un plus grand équilibre des relations contractuelles. Le droit de la distribution a été l'acteur privilégié de cette moralisation. La cause et la bonne foi ont ainsi été utilisées de manière extensive par les juges dans l'objectif d'assurer une meilleure « justice » contractuelle au sein des contrats de distribution. Il n'est d'ailleurs pas impossible que cette utilisation de concepts aux contours larges et à la portée protectrice potentiellement importante, ait inspiré par la suite le législateur qui créera en droit spécial des notions telles que l'abus de dépendance ou le déséquilibre significatif.

---

bien que pour la majorité de la doctrine le standard est « u*n espace trop flou, trop lâche ou trop vague dans lequel pourraient dangereusement s'engouffrer les juges du fond. Un espace de trop large liberté interprétative, à reconquérir par les parties et par la Cour de cassation, pour éviter les fluctuations des juges du fond ».* ; MEKKI (M.), « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain ! », Gazette du palais, 2016, n°01, p.18

[787] BLANC (B.), « Le juge et les standards juridiques », Revue des contrats, 2016, p.394

[788] MEKKI (M.), « Qui dit contractuel, dit juge ? », Gazette du palais, 2016, n°14

[789] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.283

[790] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.288 « *La souplesse de certaines règles communes les rends propices au modelage d'obligations nouvelles à la charge des contractants. Il n'est plus question ici pour le juge de corriger les effets néfastes de la mise en œuvre mécanique d'une règle de droit spécial, mais de créer, à partir de dispositions communes, des obligations inconnues des textes spéciaux, qui ne sont pas nécessairement le fruit de la volonté des parties ou, du moins, qui n'ont pas été expressément intégrées dans leur contrat* ».

2) Les risques accrus d'interprétation créatrice du juge pour certaines notions

639. **Des notions à risque ?** Certaines notions ont réellement pu faire craindre un accroissement du pouvoir des juges : bien que constituant un terrain propice d'interprétation extensive des juges, elles ont tout de même été mises en avant par la réforme du droit des contrats (a). Si ce choix opéré par le législateur peut paraître étonnant en ce qu'il ouvre la porte à un nouveau renforcement des pouvoirs des juges, il s'explique pour plusieurs raisons (b).

a) Des notions offrant un terrain propice d'interprétation aux juges dans les contrats de distribution

640. **Deux notions propices à l'interprétation.** Deux notions pouvaient faire naître des craintes particulières quant à leur interprétation de la part des juges : la bonne foi et la cause.

641. **La bonne foi**. Le placement de la bonne foi au sein des dispositions liminaires du Code civil en fait l'un des piliers du nouveau droit des contrats. De plus, le nouvel article 1104 du Code civil a étendu la portée de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil à tous les stades de la vie du contrat : de sa négociation jusqu'à son extinction. La notion de bonne foi ressort donc de la réforme plus renforcée encore. Ce renforcement n'est pas passé inaperçu, notamment auprès des tenants du solidarisme contractuel, dont la notion constitue un des piliers de la doctrine. Les solidaristes voient dans la bonne foi une possibilité pour le juge de venir sanctionner tout comportement déloyal d'une partie. S'il est vrai qu'ils devaient rester mesurés puisqu'aucune obligation de coopération n'avait été consacrée[791], un tel élargissement de la bonne foi pouvait laisser présager une future utilisation extensive de la notion par les juges[792].

642. **La cause.** Autre acteur majeur du mouvement de déformation du droit commun, le vocable de cause est supprimé du nouveau droit des contrats. Si, spontanément, il est naturel d'y voir une volonté de supprimer un outil ayant mené à trop de dérives jurisprudentielles, en réalité il n'en est rien[793]. En effet, si le mot « cause » a disparu, les fonctions de cette notion

[791] CAYOL (A.), « La réforme du droit des contrats, une consécration du solidarisme contractuel ? », in *Droit fondamentaux et crise(s) des solidarités*, éd L'Harmattan, 2019
[792] V. supra n°481 et s., il peut finalement être observé que les premières décisions sont totalement à rebours de ce que la doctrine présumait.
[793] V. supra n°357 et s.

demeurent et se trouvent éclatées au sein des articles 1162, 1169,1170 et 1186 du Code civil. Rien ne peut assurer que le juge continuera d'appliquer son ancienne jurisprudence au regard des différentes formes de la cause et de son éclatement. A l'inverse, il est possible de croire que le juge puisse profiter d'avoir entre ses mains des instruments parfaitement distincts pour renouveler leur interprétation en provoquant à l'avenir de nouvelles évolutions[794].

643. **Des craintes.** La cause et la bonne foi ont déjà eu des répercussions sur les contrats de distribution. Leur forme renouvelée et même « renforcée » ne risque-t-elle pas encore d'entraîner des bouleversements ? En l'absence de précisions, il était possible d'imaginer que le juge use de ces outils pour compléter voire peut-être parfois concurrencer le droit spécial en matière de contrats de distribution.
A cela s'ajoutait la crainte d'un droit régulateur qui manquerait de prévisibilité rendant trop importante la marge de manœuvre des juges du fond. Il n'est pas certain que la Cour de cassation puisse appliquer de manière effective son pouvoir de contrôle sur l'appréciation de ces standards par les juges du fond[795].

b) Les raisons de la prise de risque du législateur

644. **Les standards juridiques comme outil d'adaptation du droit.** Faut-il voir dans la multiplication des standards juridiques une volonté du législateur d'accorder au juge un pouvoir d'intervention accru ? Il n'est pas certain que ce soit le message voulu par le législateur. Au contraire, le fait d'avoir enfin légiféré, après tant d'années, ne doit-il pas être vu comme un signal envoyé aux juges en leur rappelant que la loi procède enfin à son actualisation et que ceux-ci devaient reprendre leur place en limitant désormais leur interprétation extensive des textes ? La multiplication des standards peut s'expliquer par la vocation de socle de stabilité du droit commun, qui ne peut en conséquence faire l'objet de réformes fréquentes. Le législateur a pleinement conscience que les standards sont un moyen efficace de lutte contre la désuétude des textes[796]. La redécouverte du principe général de bonne foi ou l'utilisation protéiforme de

[794] HOUTCHEFF (D.), « Le nouvel équilibre contractuel » in colloque *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, institut universitaire Varrenne 2018, p.64 ; DESHAYES (O.), « La formation des contrats », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?,* Revue des contrats, 2016, p.21 et s.
[794] V. supra n°362
[795] CHATAIN (A.), ERB (J.-P), « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°18, 2017, p.1245
[796] MAZEAUD (D.) « Rapport conclusif » in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 1re éd, 2017, p.119 « *La réforme comporte un grand nombre de standards, lesquels constituent une délégation de pouvoir du*

la notion de cause ont permis aux juges de faire résister le code civil à l'épreuve du temps[797].

645. **La contrepartie attendue : un juge raisonnable.** La multiplication des standards, un renforcement des pouvoirs du juge ? La doctrine, dans sa globalité n'en a pas vraiment douté. Pourtant, il n'est pas certain que la réforme ait véritablement voulu envoyer un signal d'encouragement aux juges de faire appel à leur pouvoir d'interprétation. Il s'agissait plutôt pour le législateur de réaliser un compromis entre sécurité, stabilité juridique et prévisibilité. Le législateur confie aux juges d'appliquer les textes en respectant la volonté qu'il a insufflée dans cette réforme, sans la trahir ou l'outrepasser. Il s'agit aussi de redécouvrir un nouvel équilibre entre liberté contractuelle et force obligatoire dans laquelle le juge aura une place privilégiée[798]. La figure des contrats de distribution aura eu une grande influence dans cette nouvelle vision du contrat, dans laquelle le déséquilibre contractuel se heurtait parfois à l'intangibilité du contrat pouvant mener à des situations injustes. Le législateur accorde sa confiance aux juges dans une utilisation raisonnable des concepts, et leur laisse une porte ouverte pour qu'ils puissent, dans le temps, s'adapter à de nouvelles réalités techniques, juridiques ou économiques sans pour autant leur signer un blanc-seing d'accroissement de leur pouvoir interprétatif[799].

646. **Transition.** Au-delà même du pouvoir créateur ou d'interprétation des juges, la doctrine craint surtout leur trop forte immixtion au sein des contrats, par le biais d'une multiplication de notions l'invitant à intervenir.

II. Les craintes d'une immixtion importante du juge dans le contrat

647. **Une immixtion renforcée du juge.** Cette immixtion se traduit en premier lieu par l'introduction de la figure du contrat d'adhésion, dont la portée philosophique est lourde de sens

législateur au juge pour qu'il les dote d'une portée normative et fasse évoluer le droit sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi ».

[797] ANCEL (F.), « Quel juge pour le contrat au XXIe siècle ? », Recueil Dalloz, 2017, p.721

[798] BARBIER (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ, 2016, p.247

[799] STURLESE (B.), « Le standard juridique serait-il ainsi l'ennemi de la sécurité contractuelle ? », Revue des contrats, 2016, n°113h1, p.398 « *Cette liberté d'interprétation souveraine de la plupart des « standards juridiques » par les juges du fond est opportune et nécessaire. Elle ne doit pas être redoutée, car c'est elle qui permet de rendre le droit vivant en l'adaptant aux circonstances. Il faut se féliciter qu'en recourant notamment à ces standards juridiques, le rédacteur de l'ordonnance ne soit pas tombé dans ce travers du législateur moderne qui a trop souvent, comme l'a justement relevé le professeur Molfessis, « la névrose du détail et le souci de transformer la règle de droit en mode d'emploi. »* »

puisqu'elle vient contrebalancer la vision classique du contrat de gré à gré bien ancrée dans le Code civil (A). A cela s'ajoute l'intégration de nouveaux instruments confiés aux mains des juges et qui les autorisent à intervenir pour éviter les déséquilibres contractuels (B).

A) Une immixtion renforcée par l'introduction de la figure du contrat d'adhésion

648. **Une nouvelle figure juridique.** Le nouveau droit commun des contrats est marqué par un changement de philosophie du contrat qui n'est plus limitée à la seule vision du contrat de vente. En effet, face à la figure connue du contrat de gré à gré, fait son entrée dans le Code civil, la définition du contrat d'adhésion. N'est-ce pas là encore faire pénétrer la philosophie du droit spécial de la distribution dans le droit commun des contrats ? Si tout contrat de distribution n'est pas forcément un contrat d'adhésion, et inversement, il en constitue tout de même très souvent un marqueur. Le professeur Thierry Revet va jusqu'à considérer cette distinction comme la nouvelle *summa divisio* du droit des contrats[800]. En intégrant cette figure juridique en son sein, le nouveau droit commun des contrats reconnaît qu'il est nécessaire de diviser le droit des contrats en deux espaces :

- un premier espace au sein duquel les contractants négocient sur un pied d'égalité : le contrat de gré à gré, à l'intérieur duquel l'autonomie de la volonté fait loi.
- un second espace dans lequel une partie a imposé sa vision du contrat à l'autre, sans qu'aucune négociation effective n'ait eu lieu : le contrat d'adhésion, qui constitue une protection supplémentaire du juge.

649. **Un déséquilibre originel imposant l'action du juge.** La présomption d'égalité de puissance des parties qui existait pour l'intégralité des contrats avant la réforme est remise en cause. En effet, le contrat d'adhésion laisse présupposer que l'absence de possibilité de négociation du contrat pour l'une des parties provient d'une disproportion entre les deux contractants. En matière de contrat de distribution, cette disproportion se manifeste souvent dans la différence du poids économique de chaque partie. La reconnaissance du contrat d'adhésion rompt donc avec la conception idéaliste de la relation contractuelle équilibrée[801] et représente pour certains auteurs une des innovations les plus importantes de la réforme[802]. Le

[800] REVET (T.),, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D.2015, p. 1217.
[801] LAGELEE-HEYMANN (M.), Revue Des contrats, 2018, n°03 p.473
[802] MAZEAUD (D.), « Rapport conclusif » in *La réforme du droit des contrats en pratique,* LATINA (M.), Dalloz, 2017. P. 118, Il estime que l'introduction du contrat d'adhésion est sans doute « *l'innovation la plus spectaculaire de la réforme* ».

nouveau droit commun des contrats reconnaît en outre que la partie victime doit bénéficier d'un régime de protection particulier. Il s'agit donc bien de reconnaître qu'une immixtion du juge plus forte est autorisée[803]. Le nouveau droit des contrats fait ainsi appel à un juge correcteur des déséquilibres initiaux du contrat, qui viendra supprimer les clauses ayant provoqué un déséquilibre significatif.

650. **Le gré à gré comme figure de principe.** La théorie générale du contrat est-elle totalement bouleversée ? Il faut sans doute nuancer la réponse à cette question. Il est clair que la philosophie initiale du droit des contrats a grandement évolué par le biais de l'introduction de la figure du contrat d'adhésion. Pour autant, l'ancienne vision du contrat fondée sur la commutativité survit au sein du contrat de gré à gré. Le contrat d'adhésion semble même faire office d'exception à la règle incarnée par le contrat de gré à gré[804].

B) Une immixtion supposément renforcée par l'introduction de nouveaux outils

651. **De nouveaux outils inspirés du droit spécial.** Le nouveau droit commun des contrats s'est en grande partie inspiré du droit spécial des contrats de distribution pour intégrer en son sein de nouvelles notions juridiques permettant aux juges d'intervenir pour rééquilibrer le contrat. Cela laisse craindre une forte immixtion du juge, ce d'autant plus que ces instruments ont été implantés à tous les stades de la vie du contrat. Le risque est présent aussi bien au stade de la formation du contrat (1) qu'au cours de la vie du contrat (2).

1) Au stade de la formation du contrat

652. **Un renforcement du consentement des parties.** La protection du consentement est renforcée lors de la formation du contrat à travers la consécration d'une obligation d'information précontractuelle (a), mais aussi par la reconnaissance de l'abus de l'état de dépendance (b).

[803] LEVENEUR (L.), BALONNE-BURINI (L.), BAUMGARTNER (F.), GENICON (T.) PEGLION-ZIKA (C.-M.), POULET (L.), « Table ronde : les défis du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommation, 2020, Dossier 12
[804] REVET (T.), « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », in colloque *Le contrat d'adhésion*, Revue des contrats, 2019, p.106

a) L'obligation d'information précontractuelle de droit commun

653. **Une obligation d'information précontractuelle prévue par le nouveau droit commun.** L'article 1112-1 du Code civil s'est fortement inspiré de la loi Doubin en mettant en place une obligation d'information précontractuelle. Cependant, à la différence de la loi Doubin qui était cantonnée aux contrats de distribution, l'article 1112-1 du Code civil étend cette protection à l'ensemble des contrats.

Ainsi, désormais pour tous les contrats, le juge pourra être amené, en cas de litige, à contrôler le respect par les parties de leurs obligations précontractuelles.

La question était surtout de savoir si, du point de vue des contrats de distribution, l'article 1112-1 du Code civil allait renforcer le contrôle du juge. En effet, il faut rappeler que le contrôle de l'information de la loi Doubin semblait s'amoindrir ces dernières années en limitant cette information à un « listing limitatif » que les parties doivent fournir. Aucun reproche ne pourrait être fait pour la partie qui aurait correctement rempli le listing sans aller au-delà. Une partie de la doctrine était favorable à un plus large contrôle du juge à ce stade du contrat afin d'inciter les parties à davantage de transparence[805].

654. **Une situation inchangée pour les contrats de distribution.** La formule large d'« information déterminante » a pu laisser penser que l'article 1112-1 du Code civil allait permettre un contrôle plus poussé que la loi Doubin. Pourtant à ce jour il n'en est rien et, si cette immixtion du juge s'est généralisée pour l'ensemble des contrats, elle n'a en revanche rien changé dans les contrats de distribution[806]. S'il n'est pas impossible que cette situation évolue et que les juges décident de profiter du nouvel article 1112-1 du Code civil pour compléter la loi Doubin, ce n'est pour le moment pas cet horizon que la jurisprudence laisse entrevoir[807]. Il ne faut pas oublier que le contentieux en matière d'information précontractuelle demeure important et parmi la pléthore de décisions rendues, peu d'entre elles ont laissé transparaître

[805] V. supra n°545.

[806] DUTTO (V.), « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », AJ contrat, 2017, p.159

[807] CA Paris, 4e ch., 21 février 2024, n°22/12529 ; CA Paris, 4e ch., 9 septembre 2020, n°19/01573 ; CA Montpellier, chambre commerciale, 30 avril 2024, n°22/03998 ; CA Bordeaux, 4e ch., 7 octobre 2024, n°22/02663. Tous ces arrêts sont rendus en matière de contrat de franchise. Les juges des Cours d'appel, ne font chaque fois que rappeler le contenu de l'article 1112-1 du Code civil mais celui-ci ne vient jamais compléter ou contredire l'article L330-3 du Code de commerce. Les décisions s'inscrivent dans une continuité avec les décisions rendues avant la réforme.

une potentielle influence de la réforme du droit des contrats, contrairement à ce que certains auteurs espéraient[808].

655. **Propos conclusifs.** L'immixtion du juge au stade précontractuel démontre qu'en dépit du fait que la réforme ait ouvert de nouvelles opportunités au juge, celui-ci n'a pour le moment pas réellement usé de ce potentiel pouvoir de contrôle élargi.

b) L'état de dépendance

656. **Une notion connue.** L'état de dépendance est considéré comme une innovation majeure de la réforme du droit commun des contrats qui consacre un nouveau type de violence : la violence économique[809]. Ce nouveau type de violence était déjà connu en droit commun, puisque bien qu'il ne lui soit pas totalement identique, il reprend l'idée formulée par l'ancien arrêt Bordas[810]. Surtout, en utilisant l'expression « abus de l'état de dépendance », le droit commun marque clairement un lien de filiation avec une notion qui existait déjà en droit de la concurrence : l'abus de dépendance formulé à l'article L420-2 du Code de commerce.

657. **Une notion source d'insécurité.** Il peut donc paraître surprenant que la doctrine s'inquiète de la consécration d'une notion déjà connue. Pourtant cette inquiétude pouvait sembler fondée à certains égards, notamment parce que, d'un point de vue historique, l'abus de dépendance tout comme le déséquilibre significatif sont des notions dont les sanctions peuvent remettre en cause le contrat, la partie victime étant en droit de réclamer la nullité du contrat litigieux. La doctrine a donc toujours exprimé des réticences face à ces notions dont le cadre, s'il est mal défini, peut aisément devenir une source d'insécurité juridique et de remise en cause systématique du contrat.

---

[808] BORIES (A.) « Devoirs d'information et de renégociation du franchiseur : parfums de réforme », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°21-22, 2017, 1279 « La réforme du droit des contrats infléchit incontestablement en l'espèce la décision des juges, quoique rendue sous l'empire de l'ancienne loi, au moyen des outils pourtant classiques que sont la responsabilité délictuelle et le devoir de bonne foi ». ; TOULOUSE (G.), « L'information précontractuelle due au candidat franchisé par le franchiseur ne se limite pas nécessaire à la liste fournie par l'article R.330-1 du Code de commerce ». L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°01, p.5

[809] CLAUDEL (E.), « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses centres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) »,RTD com, 2016, p.460

[810] V. supra n°351 et s.

658. **Une notion aux contours élargis.** Il est intéressant de noter que l'article L420-2 du Code de commerce est peu utilisé en pratique en raison de ses conditions d'application nécessitant d'apporter la preuve – difficile – de trois conditions cumulatives. La pratique s'est ainsi détournée de l'abus de dépendance afin de privilégier d'autres instruments plus simples à mettre en œuvre.

Au regard de sa rédaction, certains auteurs ont cru voir dans l'abus de l'état de dépendance la résurrection d'un abus de dépendance aux conditions de mises en œuvre « facilitées »[811]. En effet, intuitivement il ne semblait pas logique d'intégrer dans le droit commun une notion de droit spécial trop peu utilisée en pratique en la calquant à l'identique. De plus, l'abus de dépendance de l'article 1143 du Code civil ne se limite pas à la seule dépendance économique, celle-ci pouvant aussi être technique ou psychologique.

659. **Des juges prudents.** Malgré les contours relativement larges de la notion d'abus de dépendance, une fois encore l'analyse des décisions des juges en la matière ces dernières années n'a pour le moment laissé apparaître aucune expansion de ce nouveau vice de violence en droit commun[812]. La jurisprudence doit encore être précisée mais la prudence dont font preuve les juges est frappante. Au-delà même de la question de l'articulation entre ces deux textes, les justiciables n'ont, en l'état, aucune raison (voire peut-être même le contraire) de vouloir faire appel au droit commun plutôt qu'au droit spécial pour traiter leur litige sur le fondement d'un état de dépendance.

Autre principale innovation de la réforme qui laissait craindre une forte immixtion du juge dans le contrat : la révision pour imprévision.

2) Au cours de la vie du contrat

660. **Une révision longtemps refusée.** L'article 1195 du Code civil est sans doute l'un des

[811] VOGEL (J .), « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? » AJ contrat, 2017, 470 « *La notion générale d' « état de dépendance du contractant n'est pas définie et risque de conduire à une extension sans limite du domaine d'application du vice de violence, au détriment de la sécurité juridique de l'efficience économique* ». ; BARBIER (H.), « La violence par abus de dépendance », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016 ; VOGEL (L.), « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », AJCA, 2016, p.309

[812] Cass.com, 21 septembre 2022, 21-12.218 ; Cass.civ, 2ème, du 9 décembre 2021, n°20-10.096 et Cass.com, 25 janvier 2023, n°21-19.351 ; Si ces jurisprudences n'ont pour le moment pas clairement tranché sur l'intention d'interprétation des juges de cassation dans les critères nécessaires à l'invocabilité du vice de violence économique, ils laissent pour l'instant penser à une continuité avec l'ancienne jurisprudence Bordas. V. en ce sens RTD civ. 2022. 884, note BARBIER (H.) ; D.2020.2180, note LATINA (M.), RTD.civ. 2023. 356 note (BARBIER (H.)

articles de la réforme du droit des contrats qui a fait couler le plus d'encre. Tout comme l'introduction des contrats d'adhésion au sein du droit commun des contrats, il est certainement l'un des articles qui touche le plus à la philosophie même de ce droit[813]. Ainsi, durant des décennies la jurisprudence aura presque fait de l'arrêt canal de Craponne un des « piliers » du droit commun des contrats. Le refus obstiné des juges à autoriser la révision pour imprévision était tel qu'il était quasiment impossible d'imaginer qu'il pourrait être remis en question.

661. **L'intangibilité du contrat.** Si la remise en question de cet arrêt concentre autant les débats c'est parce qu'il était devenu l'incarnation de l'intangibilité du contrat. En prononçant l'arrêt canal de Craponne le 6 mars 1876, les juges ont de manière claire envoyé un message fort et ferme à l'égard des justiciables : le contrat est la chose des parties et il leur revient de prévoir dès sa formation par le biais de clauses, le traitement qu'elles souhaitent apporter (ou non), en cas d'éventuels changement de circonstances extérieures à leur volonté.

662. **Une intangibilité contestée.** Durant des années, une partie de la doctrine n'était pas satisfaite de cette prise de position de la Haute juridiction et espérait un revirement de la décision. Le scepticisme opposé à l'arrêt peut sans doute s'expliquer en partie par la naissance des contrats de distribution. En effet, il faut rappeler une fois encore que le principe de l'intangibilité des contrats est étroitement lié à la vision traditionnelle du contrat de vente, sous la forme d'un contrat de gré à gré marqué par une certaine instantanéité. L'avènement des contrats distribution, leur durée souvent très longue et leur poids économique n'ont pas été neutres dans l'insatisfaction que pouvait générer le refus de la révision pour imprévision. Des réflexions ont émergé pour s'interroger s'il était vraiment juste, au nom d'un principe de sécurité juridique, de conférer une immuabilité au contrat alors même que celui-ci n'avait peut-être pas été conçu dès son origine sur un pied d'égalité ?[814]
Ce n'est d'ailleurs sans doute pas le fruit du hasard si les deux jurisprudences les plus célèbres, qui ont laissé entrevoir une potentielle remise en question de la jurisprudence canal de

[813] STOFFEL-MUNCK (P.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrats », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?,* Revue des contrats, 2016, p.30 « *L'importance symbolique de la question posée par l'imprévision demeurait, en revanche, considérable. La pointe de l'arrêt Canal de Craponne était d'interdire, par principe, au juge de modifier pour des motifs d'équité des clauses librement acceptées. Cette rude morale reflétait un système de valeurs où la liberté et la responsabilité individuelles primaient l'interventionnisme providentiel du juge. Que le principe fût truffé d'exceptions en droit positif français ne suffisait pas à lui enlever des allures de Bastille qu'il convenait de prendre. La part de l'idéologie n'était donc pas négligeable dans le désir de faire tomber le principe énoncé par l'arrêt Canal de Craponne.* »
[814] CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin », in *La nouvelle crise du contrat,* Acte du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre DEMOGUE (R.), Lille I, 2003, p.114 et s.

Craponne : l'arrêt Huard et l'arrêt Chevassus Marche ont été rendus dans des affaires relatives à des contrats de distribution.

663. **La reconnaissance de la révision pour imprévision.** Cette reconnaissance par la réforme du droit commun des contrats a été ressentie dans un premier temps par certain comme un petit tremblement de terre[815], ce d'autant que l'article 1195 du Code civil prévoit un véritable rôle actif du juge. Ainsi, le juge ne serait plus le simple serviteur du contrat, lié de manière irréfragable à la volonté des parties[816]. Pourtant, plusieurs éléments vont venir pondérer le « grand bouleversement » annoncé. Tout d'abord, le rapport de présentation de l'ordonnance au Président de la République annonçait que « *ce texte (l'article 1195) revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendrait bouleverser l'économie du contrat* »[817]. Même si cela reste fortement discuté[818], l'article 1195 du Code civil serait donc supplétif de volonté.

664. **Le juge en dernier ressort.** Si l'article 1195 est ressorti intact à la suite de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance, la place de l'étendue des pouvoirs d'intervention du juge dans le contrat aura été au cœur des débats[819]. Cela souligne encore une fois l'importance de la méfiance qui existe à l'égard de juges. Si ce nouvel article ouvre une brèche en permettant

[815] CHATAIN (A.), ERB (J.-P.), « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°18, 2017, 1245 « *L'article 1195 ne prévoit aucune limite au pouvoir du juge qui peut soit réviser le contrat, soit le résilier dans les conditions qu'il fixe. La très grande liberté accordée au juge est de nature à générer une grande insécurité juridique.* » ; MOLFESSIS (N.), « L'imprévision, une fausse avancée par rapport aux clauses de Hardship ? », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires,* LexisNexis, 2017 p.80 et s. « *La consécration dans le Code civil d'un pouvoir de révision judiciaire des contrats déséquilibrés marque le recul d'une liberté contractuelle à laquelle il n'est plus possible, sans être naïf, de s'en remettre aveuglément. C'est le sens de l'histoire moderne du droit des contrats* ». ; HEINICH (J.), « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », Gazette du Palais, 2017, p.66 « *Si l'on en parle beaucoup, c'est aussi parce que la révision pour imprévision fait peur. Elle suscite au mieux la méfiance, au pire l'hostilité. Que lui reproche-t-on au juge ? Pêle-mêle, de substituer la loi du juge à celles des parties, de fragiliser la force obligatoire du contrat, d'introduire de l'insécurité juridique et même de nuire à l'attractivité du nouveau droit français des contrats* ».

[816] VIGNEAU (V.), « Un nouvel espace pour le droit des affaires », Gazette du palais, 2017, p.23 et s. « *Ce nouvel articule 1195 est révélateur finalement de l'évolution du rôle et de la place du juge dans notre société. Il est vrai que, depuis 40 ans désormais, le juge s'est accoutumé à ce qu'on ne lui demande plus seulement de juger le passé mais aussi de préparer l'avenir et de rétablir la balance au profit de la partie faible. Plus uniquement arbitre impartial devant trancher entre deux plaideurs, le magistrat est devenu aussi ce qu'on appelle parfois un « régulateur* ».

[817] 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 de la preuve des obligations. JORF n°0035, 2016

[818] V. supra n°612 et s.

[819] MALLET-BRICOUT (B.), « Une ratification multidimensionnelle – A propos de la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018 », RTD civ. 2018, p.740

légalement au juge d'intervenir dans le contrat, il est important de noter que l'intervention de celui-ci n'est prévue qu'en dernier ressort. L'objectif n'est pas celui d'un juge se substituant aux parties, tout comme l'arrêt canal de Craponne avant lui, l'article 1195 du Code civil encourage les parties à anticiper la renégociation, et si elles ne l'ont pas fait à renégocier elles-mêmes, avant toute intervention des juges. La volonté des parties reste donc bien un élément de premier plan et le juge ne doit demeurer qu'un ultime recours[820].

665. **Une révolution aux effets limités.** Il y a fort à parier que le nouvel article 1195 du Code civil ne bouleverse pas le monde des contrats de distribution. Les praticiens ont toujours été habitués à gérer l'évolution du coût des matières premières par le biais de clauses d'indexation ou par l'intermédiaire de clauses de hardship. Les contrats de fourniture d'approvisionnement sont très régulièrement renégociés. Par ailleurs, le recours à des clauses d'exclusion de l'article 1195 est envisageable, bien qu'il soit encore sans doute trop tôt pour garantir qu'elles seront valables[821]. Pourtant, ces contrats représentent sans doute l'un des terrains les plus propice à l'invocabilité de cet article[822]. Si des zones de flou demeurent, quant à savoir la portée que celui-ci prendra à l'avenir[823], la ligne directrice qui se dessine pour le moment semble montrer que le réalisme économique ne s'imposera pas sur la technique juridique et la volonté des parties primera avant tout[824].

---

[820] ANCEL (F.), « Quel juge pour le contrat au XXIe siècle ? », Recueil Dalloz, 2017, p.721 ; RAYNOUARD (A.), « Le contrat, outil de prévision, et la révision pour imprévision : la place du risque dans l'exécution du contrat », La semaine Juridique Ed générale, n°12, 2023, doctr. 397 « *le sens du dispositif du Code civil qui est, avant tout, un mécanisme de renégociation conventionnelle sous l'incitation d'un recours au juge. Or, ce dernier ne peut pas procéder à l'allocation des risques, dont il tirera les conséquences en termes d'adaptation si on ne lui fournit pas suffisamment d'éléments pour qu'il identifie l'économie du contrat voulu par les parties* ».

[821] BRUNIE (J.), « La révision judiciaire pour imprévision à l'issue de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats. – Création de l'article L.211-40-1 du Code monétaire et financière », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°15, 2019, 1185

[822] BUCHER (C.-E.), « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », Contrats Concurrence Consommation, n°5, 2016, dossier 6

[823] Des questions restent encore en suspens, pourtant la crise du COVID 19 présentait un terrain idéal pour les juges pour y apporter des réponses. La timidité dont la jurisprudence a fait preuve durant cette période, laisse difficilement imaginer que les juges fassent dans un avenir proche une utilisation extensive de l'article 1195 du Code civil.

[824] ROUVIERE (F.), « Révision pour imprévision : l'impératif économique est-il un impératif juridique ? », RTD civ, 2020, p.738 « *le réalisme économique semble se heurter à la technique juridique. En effet, on sent bien qu'il y a une absurdité à imposer coûte que coûte (et l'expression a ici du sens) l'exécution d'un contrat qui est devenu totalement déséquilibré et ne reflète plus l'équilibre réel de la négociation économique initiale. Certes, tout investissement économique est un pari sur l'avenir mais le droit porterait ici main forte à la possibilité de ruiner les finances de l'autre partie au contrat. Sans la force obligatoire du contrat, le seul bon sens économique conduirait la partie lésée à abandonner l'exécution ruineuse sans autre formalité* »

666. **Une clause de renégociation fragilisée.** En droit spécial, l'article L441-8 et l'article L443-8 du Code de commerce ont permis d'imposer l'insertion des clauses de renégociation et de variation automatique des prix pour les contrats portant sur le domaine sensible des produits agricoles et alimentaires, mais le fait qu'un besoin de protection soit né dans ce domaine particulier résulte logiquement de ce que cette difficulté est prégnante dans ce type de contrat. Il est donc par certain côté regrettable qu'elle puisse si facilement être écartée[825].

667. **Une doctrine critique.** La doctrine s'est montrée extrêmement critique envers les juges à la suite de la promulgation de la réforme du droit des contrats. Elle a pointé du doigt le fait que la réforme avait peut-être fait du juge un acteur majeur et omniprésent[826]. Elle a également émis les plus grandes réserves quant au flou entourant certaines notions insuffisamment délimitées, ainsi susceptibles de contribuer à un manque de prévisibilité contractuelle. A cela s'ajoute un point fondamental : celui de l'articulation entre le droit commun et le droit spécial, qui a été seulement superficiellement traité par la réforme.

Paragraphe 2 : Les craintes d'une articulation du droit commun et du droit spécial insuffisamment définie

668. **Des outils insuffisants pour organiser l'articulation des droits.** Conséquemment à la réforme du droit des contrats, l'articulation entre le droit commun et le droit spécial est garantie à la fois par l'adage *specialia generalibus derogant* (I) et par l'article 1105 du Code civil (II). Difficile de ne pas montrer un certain scepticisme sur la stabilité de ces deux piliers pour assurer une mission aussi importante. Le premier a déjà montré par le passé ses limites et le second semble bien trop superficiel pour traiter convenablement cette mission. Cela risque d'être fortement dommageable pour les contrats de distribution pour lesquels les zones de concours entre droit commun et droit spécial sont très nombreuses et qui auraient eu besoin d'une ligne directrice claire sur la manière d'articuler les textes[827].

---

[825] Pour une vision contraire D'ALES (T.), « De la révision pour imprévision à la bonne foi contractuelle : analyse de l'efficacité relative des mécanismes légaux de renégociation du contrat », Revue des contrats, n°01, 2023, p.169

[826] LEQUETTE (Y.), « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », 2016, Revue des contrats, RDC112a2, p.616 ; RONTCHEVSKY (N.), « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », AJCA, 2016, p.112

[827] BARBIER (H.), « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », RTD civ., 2016, p.837 « *L'articulation des normes est devenue l'un des grands défis lancés au droit des contrats ces dernières années. Il est plus que jamais vain de penser que l'adage specialia generalibus derogant - réaffirmé par*

I. Les insuffisances de l'adage *specialia generalibus derogant*

669. **L'incontournable adage *specialia generalibus derogant.*** L'adage *specialia generalibus derogant* est sans aucun doute l'une des locutions latines les plus célèbres du droit. Cet adage est devenu commun et son contenu semble tomber sous le sens. Il semble exprimer un principe qui relève de l'évidence. On oublierait presque de s'interroger sur sa valeur ou sa portée. En l'étudiant, il nous est apparu qu'il faut rester prudents avec les fausses évidences. Le professeur Gwendoline Lardeux déclarait à juste titre que « *sous son apparence de grande simplicité, l'adage « specialia generalibus derogant » peut conduire en réalité à de grandes interrogations* »[828].

670. **Portée de l'adage.** Tout d'abord, il faut garder à l'esprit qu'un adage n'a en lui-même aucune force juridique contraignante. Il ne constitue qu'une maxime d'interprétation qui sert de guide pour les juges[829]. Un adage est généralement un héritage provenant du droit Romain qui a pour raison profonde d'assurer la mise en place d'une règle pratique[830].
L'adage *specialia generalibus derogant* comporte un principe selon lequel si une situation peut se voir appliquer à la fois un texte spécial et un texte général, le texte spécial doit écarter l'application de la règle générale. Cette primauté du droit spécial peut s'expliquer par la nature même de celui-ci dont le domaine a vocation à être beaucoup plus précis que la règle générale. Son existence se justifie par la nécessité de régler une situation spécifique et il n'y aurait pas de logique à l'écarter au profit d'une règle générale au champ d'action beaucoup plus vaste[831].
Dans le droit précédant la réforme, aucune référence à l'adage n'était présente au sein du Code civil. Preuve d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'une loi mais bien d'un guide d'interprétation,

le nouvel article 1105 du code civil - suffira à ordonner l'ensemble des normes applicables au contrat qui ont éclos ces dernières années ».

[828] LARDEUX (G.), « « specialia generalibus derogant » ou la simplicité apparente des fausses évidences », Revue des contrats, n°4, 2008, p.1251 ; POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon,* Dalloz, 2003, p.948 « *Les adages sont toujours à manier avec précaution et ne peuvent justifier l'économie d'une analyse, tant de l'adage lui-même, que de la loi applicable. L'adage a l'inconvénient de donner une impression plus ou moins fallacieuse de simplicité et de rigueur : or, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la maxime specialia generalibus derogant, l'interprète dispose certes d'une directive générale, mais il lui reste l'essentiel de la tâche à accomplir, c'est-à-dire déterminer laquelle des règles est l'exception et laquelle le droit commun, à moins, bien sûr que toutes deux relèvent de la même catégorie, spéciale ou générale* ».

[829] BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°170 ; GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.449 et s.

[830] HILAIRE (J.), *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2e éd, 2015, Introduction

[831] BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°170

l'adage n'est jamais cité comme tel au sein des décisions rendues par le juge de cassation[832].
L'adage *specialia generalibus derogant* surtout n'apporte aucune précision sur une question : l'éviction de la norme générale devant la norme spéciale doit-elle être systématique ?
L'adage ne lie pas le juge, qui possède d'autres règles à sa disposition comme la règle temporelle ou de la règle hiérarchique.

671. **La règle temporelle** : Il est possible en premier lieu d'imaginer une règle liée à la temporalité des lois. Lorsque deux lois sont applicables mais proviennent d'une temporalité différente, doit-on forcément appliquer la loi spéciale ? D'après le professeur Goldie Genicon, les rares études consacrées à l'adage montrent que « *lorsqu'une loi spéciale dérogatoire est postérieure à une loi générale, elle emporte abrogation partielle tacite de la loi générale dans son strict domaine d'application, en vertu de l'adage specialia generalibus derogant. La loi générale ancienne subsiste, mais amputée d'une fraction de son champ d'application initiale. A l'inverse, lorsque la loi générale est postérieure à la loi spéciale, elle n'emporte pas, en principe, abrogation tacite de la loi spéciale qui lui est contraire, en vertu de l'adage generalia specialibus non derogant* » [833]. Seule exception à cette règle : la volonté clairement exprimée du législateur d'abroger la loi spéciale ancienne.
Il est possible de tirer un enseignement de cette analyse : à la suite de la réforme du droit commun des contrat, bien que les règles tirées du droit de la distribution et intégrées dans le droit commun soient plus récentes que celles du droit spécial, elles ne provoquent pas l'abrogation des règles spéciales. Les deux règles coexistent, ce qui renforce encore le besoin d'articulation.

672. **La règle hiérarchique** : Il faut avoir conscience que, bien que l'adage puisse laisser croire le contraire, la règle générale peut parfois primer sur la règle spéciale. Ainsi par exemple, le droit commun peut être amené à primer si une antinomie existe avec la règle spéciale en étant

[832] DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°295 ; GOLDIE-GENICON (Ch.), « Droit Commun et droit spécial », Revue de droit d'Assas n°7, 2013, p.32 « *L'adage est certes fréquemment invoqué par les plaideurs dans leur pourvoi et quelques rares arrêts de Cour d'appel y font référence dans leurs motifs, mais la Cour de cassation reste, en revanche, réfractaire à tout emploi de specialia generalibus derogant. Elle se garde d'y faire la moindre référence dans les décisions qu'elle rend pour trancher les concours de normes, dans sa version latine comme dans sa transposition française* ». ; GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.459
[833] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.468

d'un rang hiérarchiquement supérieur à cette dernière[834].

673. **Pas d'éviction obligatoire.** L'éviction de la norme spéciale par la norme générale n'a donc rien d'automatique. En outre, la question de l'articulation entre deux règles ne se pose qu'à la condition que certaines conditions soient réunies : la règle spéciale chasse la règle générale seulement si les règles s'opposent ou si elle apporte une exception à la règle générale alors qu'elle intervient dans son strict domaine d'application[835].
En l'absence de conflit entre les normes, rien n'interdit véritablement au juge de faire une application cumulée des règles de droit commun et de droit spécial[836].
La possibilité de se priver de ce cumul serait d'autant plus regrettable pour les contrats de distribution que les nouvelles dispositions de droit commun inspirées par le droit spécial sont souvent plus protectrices que ces dernières. Le doyen Carbonnier écrit d'ailleurs qu'au nom de la « *sainte liberté* », « *lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul* »[837].

674. **Un outil entre les mains des juges.** L'adage *specialia generalibus derogant*, par la largesse de la règle qu'il édicte et par son caractère non obligatoire pour les juges, leur donne une large place d'interprétation. Ainsi, c'est au juge qu'il appartient de définir s'il applique ou non un cumul des droits ou si, au contraire, il fait primer la règle spéciale en chassant la règle générale[838]. Cet adage présentait l'énorme avantage pour les juges de pouvoir en user pour

---

834 DEUMIER (P.), « Les « motifs des motifs », des arrêts de la Cour de cassation. Etude des travaux préparatoires », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin Principes de justice*, Dalloz, 2008, p.135 « *En matière d'articulation de normes, le jeu règle générale/règle spéciale est également à l'occasion invoqué mais il est tout aussi possible de voir une solution justifiée par « la primauté donnée au texte général sur les dispositions spéciales », « le principe d'interprétation specialia generalibus derogant exigeant une articulation des textes et non une éviction du spécial par le général ». Dans une articulation verticale, le principe hiérarchique permet de recommander la victoire du principe de la contradiction, « compte tenu du niveau qu'(il) occupe dans la hiérarchie des normes »* ». ; GOLDIE-GENICON (Ch.), « Droit Commun et droit spécial », Revue de droit d'Assas n°7, 2013, p.32

835 GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.470 et s. ; DESNOYER (Ch.), « Du bon usage de la règle specialia generalibus derogant : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 al. 1 du Code civil », in *Les conflits horizontaux de normes ; le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, Mare & Martin, 2015, p.128 et s.

836 BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°172 et s.

837 CARBONNIER (J.), note sous. Cass.civ, 1ère, 19 juillet 1960 : RTD civ. 1961 p.332

838 MAUCLAIR (S.) « La force normative de l'adagge specialia generalibus derogant », in La force normative naissance d'un concept THIEBERGE (C.), LGDJ, 2009, p.322 « *l'adage specialia generalibus derogant fournit un modèle de solution pour la résolution des conflits de normes. Certains y voient alors un « outil de modulation du droit à la disposition du juge »* ». et d'ajouter « *Il s'avère, en effet, que du fait de son absence de force obligatoire,*

procéder à des comparatifs de valeurs dans une temporalité donnée à travers la nécessité de l'articulation des normes. Ce n'est pas tant cette opportunité saisie par le juge qui était critiquée mais son absence de méthodologie dans la mise en œuvre de l'articulation[839].

675. **L'adage faux-ami de la rigueur.** Les adages sont à manier avec précaution et ne peuvent justifier de l'économie d'une analyse. L'adage donne une fausse impression de simplicité.
Si l'adage fait preuve de quelques insuffisances, il est possible de se poser la question de l'efficacité de l'article 1105 du Code civil puisqu'il s'agit du seul article du nouveau droit commun traitant de la question de l'articulation du droit commun et du droit spécial.

II.Les insuffisances du nouvel article 1105 du Code civil

676. **Un article décevant.** L'article 1105 du Code civil est le résultat d'un désintéressement du législateur. Un temps oubliée, la question de l'articulation a eu droit seulement à une introduction *a minima* au sein du Code civil (A). L'absence de prise au sérieux de cette question, pourtant importante en pratique, risque d'avoir des conséquences fâcheuses en favorisant le rôle du juge et en provoquant une insécurité juridique (B).

A) Les prémices d'une articulation des droits délaissée par le législateur

677. **Un article ajouté en dernière minute.** En matière d'articulation entre droit commun et

cet adage ne lie pas le juge qui peut souverainement décider de ne pas l'utiliser. Il s'agit alors pour lui de rechercher le moyen le plus efficace pour parvenir à la solution la plus juste possible ».

839 DESNOYER (Ch.), « Du bon usage de la règle specialia generalibus derogant : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 al. 1 du Code civil », in *Les conflits horizontaux de normes ; le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, Mare & Martin, 2015, p.128 et s. « *a Cour de cassation a fait naître le conflit de normes pour pouvoir résoudre ce que l'on peut analyser comme un conflit de valeurs (respect de l'œuvre napoléonienne vs. Indemnisation des victimes) – ou plutôt pour justifier la prévalence de telle valeur sur telle autre puisque le conflit de normes est résolu de telle sorte à faire triompher la valeur jugée, à un moment donné, supérieure. On peut ainsi parler d'une véritable instrumentalisation de la maxime Specialia…, que l'on se gardera bien de critiquer. En revanche, la mise en œuvre de cette règle de conflit suppose le respect d'une méthodologie dont le juge ne saurait s'affranchir* ».
Pour une vision critique de cet opportunisme des juges : GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.447 « *L'interprète de la règle de conflit, à savoir le juge, décide quelles sont les règles communes dignes d'être accueillies, ou celles qui doivent être évincées, selon qu'elles servent ou non les objectifs de la discipline considérée. C'est ériger l'opportunisme en règle de conflit : la norme commune est retenue si elle est jugée opportune, refoulée si elle est regardée comme inopportune, au regarde de l'esprit de la législation spéciale* » et d'ajouter « *Le particularisme n'est qu'une règle de conflit de façade qui masque difficilement la liberté du juge dans la résolution des concours de normes* ».

droit spécial, il n'est pas inutile de rappeler que les débuts furent laborieux. Avant la réforme, seul l'article 1107 du Code civil traitait de la distinction entre règles générales et règles spéciales. Les professeurs Charlotte Goldie-Genicon et Nicolas Balat avaient, dans leurs thèses[840], tous deux brillamment pointé du doigt les insuffisances de ce texte pour orchestrer les rapports complexes d'articulation qui existaient entre droit commun et droit spécial. Pourtant, l'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations rendu le 25 février 2015 éludera totalement la question de l'articulation du droit commun et du droit spécial en ne reprenant même pas la distinction opérée par l'ancien article 1107 du Code civil. Des auteurs n'hésiteront pas à dénoncer cette absence[841] et le nouvel article 1105 du Code civil intégrera finalement fort heureusement l'ordonnance. Cette omission était d'autant plus étonnante que le nouveau droit commun s'était considérablement inspiré des contrats de distribution en intégrant en son sein des nouvelles notions propres à ces contrats. Il en résultait nécessairement des zones de concours nombreuses entre droit commun et droit spécial de la distribution, dont les modalités d'articulation appelaient des précisions.

678. **Un article au contenu insuffisant.** Bien que la chancellerie ait fini par réagir, il est difficile de ne pas se montrer critique envers la rédaction de ce nouvel article, qui ne fait que « survoler » la question de l'articulation. L'article se décompose sous la forme de deux premiers alinéas qui se contentent de reprendre l'ancien article 1107 du Code civil en opérant la distinction entre règles générales et règles particulières, le troisième alinéa énonçant : « *Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Dans son rapport le Président de la République énonçait que cette disposition était supposée venir consolider la jurisprudence antérieure[842]. Difficile pourtant de se satisfaire de cette formule lapidaire pour régler un enjeu d'importance. Dans sa thèse, le professeur Goldie-Genicon avait parfaitement démontré que la construction jurisprudentielle en la matière n'était pas claire[843]. Les juges se référaient très souvent à l'adage *specialia generalibus derogant*, qui est lui-même insuffisant. Ce n'est d'ailleurs pas sans raison qu'elle concluait par le besoin d'établir une règle de conflit afin que les juges possèdent une feuille de route commune, afin de mieux arbitrer les questions

[840] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, ; BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016
[841] BALAT (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », Dalloz, 2015, 699 ; BLANC (N.), « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », RDC, 2015, 810 ; LEQUETTE (Y.), « Y aura-t-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », RDC 2015, p.615
[842] MEKKI (M.), « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, AJ contrat, 2017, p.462
[843] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.386 et s.

d'articulation[844]. Ainsi, l'article 1105 du Code civil semble provoquer une intégration « au rabais » de l'adage *specialia generalibus derogant*. Ce même adage, dont la doctrine se plaignait de l'imprécision, se voit être encore simplifié. Julie Bukulin, pointait du doigt dans sa thèse, les imperfections de l'article 1105 du Code civil en raison de sa ressemblance avec l'adage *specialia generalibus derogant*. Il en résulte que la nouvelle disposition du droit commun ne prend pas le soin de corriger les incertitudes entourant l'adage dont il est issu[845]. Pourtant, la loi de ratification de l'ordonnance prendra le parti de ne pas faire évoluer la question de l'articulation.
En se désintéressant de la notion d'articulation entre droit commun et droit spécial, le législateur risque de créer un climat d'insécurité juridique par un manque de prévisibilité.

B) Les conséquences fâcheuses d'une notion d'articulation négligée

679. **Le rôle central du juge en matière d'articulation des textes.** En délaissant la notion d'articulation le législateur confie aux juges le soin de définir les contours de sa mise en œuvre (1). L'absence de feuille de route à suivre pour les juges risque d'avoir un impact sur la prévisibilité et la sécurité juridique des parties (2).

1) Une place importante d'interprétation laissée aux juges

680. **Une absence d'uniformité des décisions.** Il est regrettable que le législateur ait donné si peu de fondation textuelle à la notion d'articulation. En effet, l'étude des décisions jurisprudentielles précédant la réforme montre une absence d'harmonisation des décisions des juges. Cela peut s'expliquer par le fait qu'en dépit de ce que pourrait laisser penser l'alinéa 3 de l'article 1105 du Code civil, la règle spéciale n'évince pas systématiquement la règle générale. Ces droits ne sont pas forcément antagonistes et ils peuvent ainsi se compléter l'un et l'autre.

681. **Les conséquences de l'absence d'une règle d'articulation précise.** En ne donnant qu'une règle d'articulation superficielle, le législateur délègue aux juges le soin d'assurer

[844] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.447 et s.
[845] BUKULIN (J.), *L'articulation du droit commun et du droit spécial des contrats. Essai sur le concept « d'influence réciproque »,* Thèse, Université Grenoble Alpes, 2022, n°664 et s.

l'articulation du droit commun et du droit spécial, comme il l'a toujours fait[846]. Plus grave encore, en n'énonçant pas clairement que cette règle s'applique uniquement dans des cas d'incompatibilité, ne risque-t-elle pas d'envoyer comme message aux juges de faire une application plus étendue de l'éviction de la règle générale ?[847].

Cette crainte est encore renforcée à la lecture du Rapport du Sénat sur la loi de ratification de l'ordonnance en première lecture, qui énonce « *le silence du droit spécial, de même que sa simple avec le droit commun ne peuvent pas conduire automatiquement à l'application du droit commun* ». Des propos totalement à rebours de la jurisprudence qui s'était construite jusqu'alors et contraire au rapport qui avait été remis au président de la République[848].

Une fois encore, plus la règle est vague, plus le pouvoir d'interprétation du juge est important. Il reviendra à la jurisprudence de trancher afin de déterminer si, à la suite de la réforme du droit des contrats, elle s'inscrira dans une continuité ou si au contraire, elle exclura plus régulièrement la règle générale.

682. **Une marge de manœuvre laissée au juge.** Il est possible cependant d'essayer de prendre le problème à l'envers. Ne faut-il pas au contraire voir cette prise de position du législateur comme une confiance accordée aux juges ? Le législateur aurait craint de tracer un chemin d'interprétation trop strict qui aurait empêché le juge d'articuler correctement les textes. Le juge garant de l'équité aurait ainsi toujours une marge de manœuvre pour faire privilégier la situation la plus favorable en écartant ou non la règle générale afin de dégager la solution la plus équitable.

Pourtant, ce raisonnement peut instantanément être contesté. Une fois encore les travaux du professeur Goldie-Genicon nous éclairent sur ce point en démontrant que ces solutions à résultats variables laissées entre les mains du juge amenaient plus d'insécurité que de justice. Elle concluait ainsi son propos « *Nous avons tenté de montrer, au cours des développements qui précédent, combien l'idée selon laquelle un droit commun malléable, offert à la discrétion*

---

[846] FENOUILLET (D.), « Le juge et les clauses abusives », Revue des contrats, n°02, 2016, p.358 « *L'avenir du texte (concernant l'article 1171 du Code civil), semble enfin entre les mains du juge sur un point délicat, qui est celui de l'articulation des textes* » et d'ajouter « *Le principe « specialia generalibus derogant » ne suffisant pas à régler la difficulté, c'est à la jurisprudence qu'il appartiendra de décider de l'articulation des textes* ».

[847] CHAGNY (M.), « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », RTD com. 2016, p.451 « *Au final, l'incertitude demeure, au regard du sens et du domaine résultant de la lettre de l'article 1105, sur le point de savoir si cette nouvelle règle fera obligation aux juridictions appelées à statuer de procéder à la mise à l'écart systématique du droit commun du contrat au profit du droit des pratiques restrictives de concurrence lorsque ce dernier est applicable* ».

[848] MEKKI (M.), « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », Dalloz, 2018, p.900

du juge, assurerait l'obtention de la solution la plus juste est discutable. Il semble au contraire que la trop grande liberté laissée à la jurisprudence, notamment dans la résolution des concours de normes, peut être source d'injustices et que l'équité n'aurait pas à souffrir de la restauration d'un droit commun plus contraignant »[849].

L'absence d'un cadre d'interprétation bien défini va forcément laisser aux juges une marge d'interprétation importante. Cela risque d'avoir un impact à la fois sur la prévisibilité et sur la sécurité juridique.

2) Un manque de prévisibilité juridique source d'insécurité

683. **Plan.** Une insécurité liée à une absence de précision juridique (a) et de prévisibilité (b).

a) Une insécurité liée à une absence de précision juridique

684. **L'importance d'une uniformité d'application de la règle de droit.** L'imprécision de l'article 1105 du Code civil risque de provoquer une absence d'uniformité dans son application. Le principe d'égalité consacré par la déclaration de 1789 « *exige que toutes personnes placées dans des situations identiques soient soumises au même régime juridique, soient traitées de la même façon, sans privilège et sans discrimination* » pour reprendre les mots de l'ancien Président du Conseil d'Etat Raymond Odent[850]. De ce principe d'égalité découle une nécessité pour les juges d'assurer une uniformité de l'application de la règle de droit aux justiciables[851]. Il est pourtant difficile d'imaginer une application uniforme de la règle d'articulation donnée par l'article 1105 du Code civil, qui a créé plus d'incertitudes que de pistes d'interprétation pour les juges.

Les articles de droit commun entrant en concours avec le droit de la distribution sont nombreux et ne donnent aucune piste dans leur intitulé pour déterminer si les juges peuvent procéder à un cumul de leur application ou s'ils doivent au contraire évincer une des règles. Il y a donc un fort risque que les juges du fonds ne fassent pas une application identique du droit pour des situations similaires, le temps que la Cour de cassation procède à un travail d'uniformisation[852].

---

[849] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, p.401

[850] ODENT (R.), *Contentieux Administratif*, Dalloz, Tome II, 2007. p.353

[851] BARROIS DE SARIGNY (C.), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in *Titre VII*, Conseil constitutionnel, 2020/1, p.18 et s.

[852] FAGES (B.), « Un nouvel espace pour le droit des affaires », Gazette du palais, 2017, p.11 et s. « *ce sont déjà de lourds dossiers qui vont faire leur entrée dans le pipeline juridictionnel et finiront très vite devant la Cour de*

Il est, de plus, assez déroutant de voir que la tendance qui se développe pour le moment, puisque les juges paraissent faire une application stricte et littérale de l'article en écartant systématiquement l'application de la règle générale[853].

685. **Conséquences.** Cela pose également un problème de prévisibilité pour les justiciables qui ne seront jamais certains si l'article de droit commun leur est ou non applicable et s'ils peuvent s'y référer.

b) Une absence de prévisibilité liée à un manque de clarté

686. **Absence de prévisibilité et incertitudes.** Les justiciables vont donc systématiquement invoquer à la fois la règle spéciale et la règle générale, sans savoir quelle règle leur sera véritablement appliquée[854]. Si la Cour de cassation a clairement tranché en faveur d'une impossibilité de cumuler les articles 1171 du Code civil et l'article L.442-1, I, 2° du Code de commerce, il n'est en revanche pas encore certain que cette solution ait vocation à être généralisée. La Cour de cassation apportera sans doute ses lumières sur d'autres sujets mais, d'une part, ses décisions risquent de prendre un certain temps et d'autre part, il n'est pas certain qu'elle s'exprimera et, le cas échant, elle ne le fera peut-être pas toujours avec la même force et la même clarté. Cette absence de prévisibilité est d'autant plus dommageable dans les contrats de distribution que les enjeux financiers sont souvent importants.

687. **Des problèmes de loi dans le temps.** En effet, plusieurs strates se sont superposées avec, d'une part, les articles antérieurs à la réforme et, d'autre part, les articles postérieurs à l'ordonnance de 2016, puis les articles modifiés par la loi de ratification du 20 avril 2018. L'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 et l'article 16 de la loi du 20 avril 2018 prévoient, à l'exception de quelques articles, une survie de la loi ancienne. Ainsi le législateur de préciser qu'il n'était pas possible pour les juges d'interpréter la loi ancienne en se référant à la loi

cassation. On songe notamment au dossier de l'articulation entre le droit commun des contrats et le droit spécial qui a été très rapidement ouvert par la doctrine à la lecture de plusieurs dispositions pour le moins problématiques insérées dans le Code civil par le réforme ».

[853] En ce sens BUKULIN (J.), *L'articulation du droit commun et du droit spécial des contrats. Essai sur le concept « d'influence réciproque »,* Thèse, Université Grenoble Alpes, 2022, n°793 et s.

[854] LIBCHABER (R.), « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTD civ, Revue trimestrielle de droit civil, 1997, p.794 à propos du principe de faveur : « *Le principe de solution a au moins pour mérite d'exister, ce qui n'est pas négligeable quand on voit à quelle indécision le droit privé général est livré en cas de conflit de normes. Le flou jurisprudentiel entretient, en effet, la confusion de plaideurs désorientés, qui doivent s'essayer à deviner quels seront les fondements juridiques accueillis à l'avenir par la Cour.* »

nouvelle.

Cette problématique reste cependant à nuancer puisque cette triple temporalité ne posera finalement que peu de difficultés pour les contrats de distribution. En effet les articles utiles à ces contrats ont été dans l'ensemble peu retouchés entre l'ordonnance de 2016 et la loi de ratification. Le seul grand changement en la matière a concerné la définition des contrats d'adhésion et la loi entourant le déséquilibre significatif des articles 1110 et 1171 du Code civil.

688. **Illustration.** La Cour de cassation à très rapidement tranché le débat du potentiel cumul des règles de droit commun et de droit spécial dans son arrêt du 26 janvier 2022[855]. Pour rejeter le cumul des droits, les juges de la haute Cour se sont fondés sur les travaux parlementaires. Ont déjà été étudiées les raisons pour lesquelles ce fondement était critiquable[856], mais il est en outre possible d'ajouter que l'admission d'un tel fondement d'un point de vue temporel est étonnante. En effet, le contrat en cause en l'espèce a été signé par les parties en 2017 et se situait donc dans l'intervalle de temps entre l'ordonnance et la loi de ratification. Or, il est clairement énoncé par le législateur qu'en vertu de la survie de la loi ancienne, chaque article doit être jugé en fonction de la loi applicable au moment de la signature du contrat. Les débats parlementaires ne devraient donc pas être un fondement invocable. Lors des débats parlementaires, le rapporteur Houlié avait proposé devant l'assemblée nationale de mettre en place deux amendements pour l'article 1171 du Code civil « *afin d'éviter un cumul des droits applicables* ». La garde de Sceaux avait refusé ces amendements estimant que « *Dans leur majorité, les commentateurs de l'ordonnance ont d'ailleurs bien interprété l'article 1171 comme ne s'appliquant que lorsque les textes spéciaux du code de la consommation et du code de commerce, eux, ne sont pas applicables* ». Pourtant, si ces amendements avaient été retenus, dans la mesure où le contrat datait de 2017, il aurait bien été nécessaire de distinguer entre l'article avec et sans amendements pour opérer l'acceptation ou le refus du cumul.

En outre, il convient de noter le choix de la Cour de cassation, qui a préféré se référer aux travaux parlementaires plutôt qu'au fondement de l'article 1105 du Code civil. Ce choix litigieux peut laisser penser, une fois encore, que les juges ne sont pas à l'aise avec l'application de cet article trop imprécis[857]. Il peut être également vu comme une volonté d'isoler cette

[855] V. supra n°505 et s.

[856] V. supra n°510 et s.

[857] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. – A propos du non-cumul entre l'article L.442-6,I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil ». La Semaine Juridique Edition Générale, n°15, 2022, doctr. 494 ; CHANTEPIE (G.) « Le déséquilibre significatif de droit commun réduit à la portion congrue », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°12, 2022, p.1125

solution, qui n'aurait pas vocation à être généralisée.

689. **Une marge de manœuvre interprétative laissée aux juges.** Il ressort de l'étude que les instruments de droit spécial développés dans les contrats de distribution ont été largement incorporés au nouveau droit commun des contrats. Ceux-ci permettent potentiellement une forte intervention du juge en raison de leur nature qui a vocation à protéger la partie faible. Ces nouveaux outils se retrouvent ainsi à la fois au sein du droit commun et du droit spécial alors que rien n'a véritablement été organisé pour définir leur articulation. L'adage *specialia generalibus derogant* avait déjà montré par le passé ses limites ; quant au nouvel article 1105 du Code civil, il ne fait que transcrire l'ancien adage au sein du droit positif. Ce manque de précision légale remet ainsi à la charge des décisions jurisprudentielles la responsabilité d'organiser la future articulation des textes. Cette marge de manœuvre laissée à la discrétion des juges pouvait laisser craindre une interprétation opportuniste des textes, manquant de prévisibilité juridique.

690. **Le juge, acteur majeur de la réforme ?** Les observateurs du nouveau droit du contrat y ont ainsi vu, dans la grande majorité, une place centrale voire omniprésente, du juge[858]. La réforme du droit commun des contrats était source de déception pour ceux dont le principal objectif était qu'elle fasse cesser la « vague déformatrice » initiée par la jurisprudence. A l'inverse des attentes, le législateur a semblé fournir aux juges des outils propices à une immixtion encore plus importante dans le contrat.

Pourtant, depuis l'entrée en vigueur de la réforme, le rôle du juge est aux antipodes de celui qui était attendu. Le juge se montre extrêmement précautionneux du respect de la volonté du législateur et ne fait pas preuve d'initiative.

[858] BRUN (Ph.), « Rapport de synthèse », Revue des contrats, 2016, n°02, p.416 « *Il n'est plus grande monde pour contester que l'interprétation vient se loger bien au-delà des seules dispositions et stipulations ambiguës. Nul doute que le juge ne va pas manquer de matière pour s'adonner à l'interprétation créative. Il est un point en tout cas qui ne souffre guère d'hésitation, c'est qu'avec la réforme, il faudra plus que jamais compter avec le juge, et ce n'est pas ce que l'on a entendu sur le juge et les standards juridiques ou sur les principes relatifs à l'interprétation du contrat (que dire cet article 1188 alinéa 2, qui invite le juge, en somme, à une interprétation raisonnable !) qui nous convaincra du contraire* ». ; LEVENEUR (L.) « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? », Revue des contrats, 2015, p.661 et s. ; AYNES (L.), « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations*, Revue des contrats, 2016, p.14

Section 2 : La réalité d'un juge absent

691. **Un juge étonnement effacé**. A la lecture de la réforme, une grande partie de la doctrine a imaginé que le juge serait désormais omniprésent dans la relation contractuelle nouée par les parties. Pourtant, contre toute attente, le juge se montre extrêmement prudent. Il est même possible d'y voir une mise en retrait volontaire de la part des magistrats. Le juge bride ainsi lui-même les pouvoirs qui lui ont été accordés par le législateur, peut-être même au détriment des missions de protection qu'il devra accomplir, ce qui est dommageable (Paragraphe 1). Cependant, cette mise en retrait peut peut-être s'expliquer, au moins en partie, pour des raisons procédurales (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une mise en retrait dommageable du juge

692. **Une position de retrait.** La réforme du droit des contrats soufflera bientôt les bougies de ses dix premières années d'existence. Il sera alors l'heure de tirer quelques enseignements et surtout de faire un constat flagrant : les juges ont déjoué les attentes. Là où la majorité de la doctrine attendait un rôle et un interventionnisme des juges extrêmement poussé, nous assistons au contraire dans la majorité des cas à sa mise en retrait. Le législateur a posé des « portes interprétatives » un peu partout dans sa réforme, que ce soit via les standards ou via des nouveaux outils comme le déséquilibre significatif, la révision pour imprévision, l'abus de l'état de dépendance etc…, sans rien prévoir pour l'articulation des textes entre les règles spéciales et générales. Loin d'enfoncer ces portes, les juges les gardent fermées comme s'ils étaient paralysés par les nouveaux enjeux et figés par la lettre de la loi (I). Cette réaction de la jurisprudence est surprenante puisqu'elle est totalement à l'opposé de la philosophie du droit qu'elle a aidé à construire ces dernières années (II.).

I. Le choix du juge de brider sa marge de manœuvre

693. **Un juge s'autolimitant.** Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, les juges ont fait une utilisation extrêmement prudente et conservatrice des nouveaux outils fournis par le législateur (A). Ce choix du juge de brider sa marge de manœuvre se retrouve également au travers de l'articulation du droit commun et du droit spécial, puisque les juges semblent pour le moment faire le choix de ne pas permettre aux contrats de distribution

de pouvoir bénéficier des dispositions protectrices du nouveau droit commun (B).

A) Le juge utilisateur prudent des nouveaux outils

694. **Des nouveaux outils de rééquilibrage des contrats.** Parmi ces outils, certains sont issus d'une consécration légale de la jurisprudence qui avait été élaborée lors du mouvement de déformation du droit commun. Il s'agissait de réintégrer ces décisions dans la loi pour faciliter l'accessibilité du droit aux justiciables. Cependant, ces mêmes décisions ont également servi d'inspiration à l'enrichissement du droit spécial. Il n'était donc pas toujours évident à la seule lecture des textes, de savoir si les notions se rapprocheraient davantage de leur forme issue de l'ancien droit commun ou de celle issue du droit spécial.
Pour les autres, il s'agissait de notions inspirées exclusivement du droit spécial à destination des contrats de distribution. Ces nouveaux instruments, que la réforme a fait intégrer dans le droit commun, étaient décrits comme étant animés de « justice contractuelle » et supposaient un plus grand interventionnisme du juge face à la rigidité du contrat et l'autonomie de la volonté. Pourtant, quelle que soit leur origine, aussi bien issus de l'ancien droit commun (1) ou exclusive au droit spécial des contrats de distribution (2), un constat unique peut être fait : ces nouveaux outils semblent pour le moment sous-utilisés par les juges.

1) Une sous-utilisation des notions issues de la jurisprudence fondée sur l'ancien droit commun

695. **Des instruments issus de l'ancien droit commun.** En obtenant une consécration légale, il était possible de croire que ces notions élaborées par les juges se retrouveraient renforcées. Parmi ces notions, se trouvent l'obligation d'information précontractuelle (a), le contrôle de la contrepartie convenue (b), la bonne foi (c) et les contrats interdépendants (d).

a) L'obligation d'information précontractuelle

696. **L'espoir d'une obligation d'information renforcée.** Le législateur est intervenu par l'intermédiaire de plusieurs droits spéciaux, dont celui à destination des contrats de distribution pour essayer d'encadrer le devoir d'information mais sans jamais le généraliser. Pour les personnes ne pouvant relever des textes spéciaux, faute de disposition au sein du Code civil, les

juges avaient fini par imposer un devoir d'information aussi bien à l'égard du professionnel[859] que du non-professionnel[860]. L'obligation d'information précontractuelle du nouvel article 1112-1 du Code civil a fait naître d'importants espoirs en doctrine. En effet, nombreux sont ceux qui ont espéré que cet article parvienne à redynamiser l'information précontractuelle de la loi Doubin jugée comme étant sur le déclin[861]. De plus, il y avait des raisons de penser que l'article 1112-1 du Code civil puisse également élargir son domaine d'action.

L'article, auquel le législateur a conféré un caractère d'ordre public, prévoit que la partie doit transmettre à son cocontractant toute « *information déterminante* ». Cette expression, jugée comme « vague », laissait au juge le soin de définir le champ de ce que devaient être ces informations déterminantes. Cela semblait être l'occasion rêvée pour intégrer des éléments d'information absents de la loi Doubin mais jugés comme essentiels par les praticiens.

697. **Les comptes prévisionnels et comparatifs.** Parmi ces éléments d'information figurait avant tout autre celui de la fourniture des comptes prévisionnels. En effet, n'est-ce pas l'information la plus capitale pour le futur partenaire d'une enseigne, que de savoir si le modèle économique dans lequel il s'engage a des chances d'être rentable ? Ce n'est pas pour rien que la fourniture des comptes prévisionnels a cristallisé toute une partie du contentieux en matière de franchise ces dernières années.

Dans le même esprit, il pouvait également sembler judicieux dans le cas des franchises, d'obliger le franchiseur à fournir des comptes d'exploitation d'autres franchisés, afin que le candidat puisse être rassuré sur la bonne santé financière et le succès commercial des membres du réseau et du modèle qu'il souhaite rejoindre. Maître Gouache, avocat spécialisé en droit de la distribution, partageait ce retour d'expérience à l'occasion des vingt années d'existence de la loi Doubin : « *il manque probablement, dans le texte de la loi, l'exigence d'informations absolument essentielles au projet du franchisé. Pas un mot sur la rentabilité de l'exploitation des franchisés ! La loi Doubin n'oblige en aucun cas les franchiseurs, ou les têtes de réseaux, à communiquer les comptes des franchisés ou au moins, des indicateurs moyens (CA moyen, ratios d'exploitation moyens, soldes intermédiaires de gestion moyens) de telle sorte que*

[859] Cass. Com, 14 novembre 1977, pourvoi n°75.15.185
[860] Cass.Com, 21 juillet 1993, pourvoi n°91-20.639
[861] V. supra n°544 et s.

finalement, le franchisé à la lecture d'un DIP n'est pas en mesure d'appréhender, en tout cas de manière directe, ces informations qui sont pourtant essentielles » [862].

698. **Des espoirs déçus.** Or, l'analyse des décisions de la jurisprudence ne montre (pour l'instant) aucun renouveau de l'obligation précontractuelle d'information[863]. Difficile de savoir s'il s'agit de paresse intellectuelle ou de prudence, mais il est certain que l'article 1112-1 du Code civil n'a fait émerger pour le moment aucune nouvelle obligation d'information et se contente de calquer ce qui était déjà exigé par la jurisprudence avant la réforme.
Ce premier constat est donc amer pour les praticiens du droit de la distribution. Il y a de grandes chances pour que le nouveau droit commun des contrats ne vienne pas compléter et renforcer l'obligation précontractuelle qui existait déjà en droit spécial.

699. **Transition.** Le même type de constat peut être opéré en matière de contrepartie. L'éclatement de la cause au sein de plusieurs articles du Code civil pouvait laisser imaginer un renouveau de certaines notions à la suite de leur individualisation.

b) Le contrôle de la contrepartie convenue

700. **L'évolution de la notion de cause**. La cause ayant toujours été un « pilier » du droit français des contrats, sa « fausse » disparition a animé les débats de la réforme du droit commun. Le mot cause allait effectivement disparaître, mais ses fonctions demeureraient *via* un éclatement au sein de plusieurs articles[864].
Loin de rassurer les anti-causalistes, cette mutation de la notion leur faisait craindre un possible renouveau de ses fonctions. En effet, antérieurement à la réforme, la construction jurisprudentielle autour de la cause était riche et son cadre était de mieux en mieux délimité. Il y avait donc des craintes que le juge profite de cette modification textuelle pour étendre son contrôle.

701. **La notion de contrepartie.** Parmi les fonctions de la cause, c'est sans doute l'article 1169 du Code civil, visant le contrôle de la contrepartie convenue, qui focalisait le plus

[862] GOUACHE (J.-B.), « Loi franchise : 20 ans après la loi Doubin », Conférence sur la franchise par maître Gouache (11 mai 2010) – http://www.toute-la-franchise.com/video-202-conference-sur-la-loi-doubin-maitre-gouache.html
[863] Exception notable V. supra n°557
[864] V. supra n°360

l'attention de la doctrine. Il faut dire qu'historiquement la notion s'est scindée entre, d'une part, le contrôle d'une contrepartie totalement absente ou dérisoire et, d'autre part, le contrôle d'une contrepartie jugée insuffisante[865]. La seconde hypothèse est celle qu'il convient d'observer avec attention puisque, pour pouvoir juger de l'insuffisance de la contrepartie, le juge doit forcément opérer un contrôle de l'équilibre du contrat et de ses prestations.

En outre, le nouvel article L442-1, I, 1° du Code de commerce, paru postérieurement à la réforme, aurait des raisons de renforcer ces craintes. En effet, bien que longtemps délaissée, la notion de contrepartie est en train de devenir en droit spécial la notion phare de contrôle du juge s'agissant des contrats d'affaires. Contrairement à ce qu'a longtemps pensé la doctrine, ce n'est pas par le biais du déséquilibre significatif que le juge va le plus s'immiscer dans le contrat, mais bien par celui de la vérification de la contrepartie, puisqu'il lui permet d'opérer un véritable contrôle de l'économie du contrat et notamment du prix[866].

702. **Une absence de renouveau de la notion.** Un mouvement similaire d'accroissement du contrôle du juge par le biais de la notion de contrepartie est-il en train de se produire au sein du droit commun des contrats ?

Il y a peu de chance qu'un tel mouvement se produise au sein du droit commun des contrats. Contrairement à l'article L442-1, I, 1° du Code de commerce, l'article 1169 du Code civil est strictement limité à la phase de formation des contrats. De plus, il semble important de toujours faire une lecture combinée de l'article 1168 du Code civil, qui rappelle que le défaut d'équivalence des prestations ne peut pas être une cause de nullité, et de l'article 1169. Cette mise en relation des deux textes laisse présager que le contrôle de l'équivalence ne peut être que « minimaliste » pour être autorisé[867].

703. **La contrepartie dans les traces de la cause.** L'étude des premières décisions rendues sur le fondement de l'article 1169 du Code civil montre pour le moment une vraie continuité avec l'ancienne jurisprudence rendue en matière de cause de l'obligation[868]. Il y a fort à parier que la contrepartie de droit commun ne connaîtra pas l'expansion que peut connaître la

[865] RASANDRATANA (D.), « Essai d'une analyse économique de la notion de contrepartie en droit des contrats », RTD com. 2021, p.1

[866] V. supra n°442 et s.

[867] MOYA (K.), « La contrepartie », RTD civ. 2023, p.269 « *Une contrepartie n'est dérisoire qu'en contemplation de son alter ego. Force est donc d'admettre que le juge opère un contrôle de l'équilibre minimal des prestations, ne serait-ce que de manière incidente. On comprend dès lors que la contrepartie dérisoire ait pu être qualifiée de « succédané de lésion »* » ; GRIMALDI (C.), « Vers un contrôle généralisé de la lésion », Recueil Dalloz, 2019, p.388

[868] HOUTCIEFF (D.), « La contrepartie convenue n'est-elle que la cause de l'obligation en pire ? », Gazette du palais, 9 janvier 2018, p.32

contrepartie en droit spécial. La cause connaît un « lifting » de façade en changeant d'appellation mais en demeurant inchangée sur le fond[869]. Il y a donc peu de chance que le juge use de manière déraisonnable de l'article 1169 du Code civil pour rétablir un éventuel déséquilibre contractuel. Il sera tenu par les critères qu'il a déjà lui-même fixés en matière de cause.

La contrepartie semble ainsi s'inscrire dans la continuité de l'ancien Code civil sans aucun renouveau sur le fond. La bonne foi est un autre exemple de notion dont un renforcement était attendu.

c) L'extension de la notion de bonne foi

704. **La bonne foi est une notion floue difficilement définissable**[870]. La bonne foi a pour principal objectif de moraliser les contrats. Elle impose aux parties de respecter un certain niveau comportemental durant toute la vie du contrat. A cet égard, le nouvel article 1104 du Code civil a étendu son champ d'action à la phase de négociation et de formation du contrat. Élevée au rang de principe directeur par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, la bonne foi pouvait espérer prendre une nouvelle dimension. En effet, ce nouveau statut interrogeait sur le point de savoir où le législateur avait réellement souhaité placer le curseur de protection « *entre l'approche minimale de la condamnation des comportements déloyaux et l'approche maximale de l'exigence d'agir au mieux des intérêts du contractant* »[871].

Surtout, les contrats de distribution sont sans doute le domaine dans lequel la bonne foi a déjà démontré à quel point elle pouvait être entre les mains du juge un outil puissant, puisque c'est par son utilisation que les juges ont pu imposer, dans le droit ancien, une obligation de renégociation des contrats[872] et même sembler dégager un principe de cohérence[873].

---

[869] HOUTCIEFF (D.), « De la cause à la contrepartie convenue : tout ça pour ça ? » , Gazette du Palais, n°01, 2024, p.5 « *Quelques années plus tard, pourtant, tout se passe comme si l'ablation n'avait pas eu lieu. La cause semble s'être réincarnée dans les dispositions de l'article 1169 du Code civil, selon lequel « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». La contrepartie convenue d'aujourd'hui ne paraît ainsi rien d'autre que la cause de l'obligation d'hier* »

[870] L'article 1104' du Code civil ne prend d'ailleurs pas le risque de proposer une définition

[871] MESTRE (J.) « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », RLDC, 2009 ; DE BERTIER-LESTRADE (B.), « La bonne foi dans la réforme française des contrats », in colloque *Le contrat dans tous ses états,* Institut Fédéral de Recherche – Université Toulouse Capitole 1, 2019,

[872] V. supra n°140 et s.

[873] V. supra n°161 et s.

705. **Une simple règle de bonne conduite.** Pourtant, en réalité, les juges n'ont pas attendu qu'un texte vienne propager la bonne foi à la période des négociations contractuelle puisqu'elle était admise par la jurisprudence et la doctrine bien avant la réforme. Elle se caractérisait à la fois par un devoir de loyauté mais aussi de confidentialité. Ainsi par exemple le devoir de loyauté constituait une limite à la liberté de rompre les pourparlers.

De plus, l'étude des premières décisions jurisprudentielles semble confirmer que la bonne foi aura sans doute davantage une aura de principe devant irriguer l'esprit de toutes les relations contractuelles plutôt qu'un rôle actif. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler la décision rendue par la Cour d'appel de Paris rendue le 24 mai 2017 dans le domaine d'un réseau de distribution sélective[874]. Si cette décision a déjà été étudiée en détail dans notre démonstration, il faut insister sur le fait qu'il s'agit sans doute d'une des utilisations les plus audacieuses faite par des juges du fond des outils fournis par le nouveau droit commun des contrats[875]. La Cour avait en effet estimé que des critères de sélection qui n'étaient pas exigés sur le terrain du droit spécial du droit de la concurrence pouvaient l'être en se fondant sur le droit commun de l'obligation de bonne foi. Pourtant, la Cour de cassation cassera l'arrêt des juges du fond en rejetant l'utilisation de la bonne foi et en confirmant le choix discrétionnaire des distributeurs. Ainsi, la Cour affirme que la liberté de choix dont dispose le distributeur ne peut pas être limité par l'obligation de bonne foi.

706. **Une absence d'utilisation extensive de la bonne foi par les juges.** Cette décision semble ainsi fermer la porte à toute application trop extensive de la bonne foi. Elle sera confirmée par la suite par une série de trois autres décisions rendues dans le même sens[876].

Ces jurisprudences démontrent que, malgré la nouvelle place de la bonne foi au sein du Code civil, les juges continuent d'appliquer rigoureusement l'ancienne décision « Les Maréchaux »[877] dans laquelle les juges rappelaient que « *si la règle par laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ».

[874] V. supra n°490 et s.
[875] V. supra n°495 et s.
[876] V. supra n°492 et s.
[877] Cass.com, 10 juillet 2007, n°06-14768, Société Les Maréchaux

Il y a donc peu de chances que l'obligation de bonne foi évolue en imposant aux contrats de distribution des formes poussées de collaboration qui avaient parfois été envisagées, telles qu'une obligation d'assistance ou de reconversion[878].
Ainsi, malgré son extension à tous les stades du contrat, la bonne foi semble demeurer une règle de conduite. Les limitations qui étaient déjà mises en place au sein de l'ancien droit commun persistent. Les contrats interdépendants vont être un dernier exemple de cette prudence législative.

d) Les contrats interdépendants

707. **Un impact limité pour les contrats de distribution.** L'article 1186 relatif à interdépendance contractuelle ne provient pas du droit de la distribution mais plutôt d'une consécration jurisprudentielle et de l'extension de son domaine. En droit spécial, la problématique des ensembles de contrat n'était pour autant pas en reste, puisque les contrats de distribution étaient déjà protégés par l'article L 341-1 du Code de commerce. Les contrats liés sont extrêmement présents dans la plupart des contrats de distribution, de sorte que le nouvel article 1186 du Code civil aura forcément un impact sur ces contrats.
Pour autant, cet article a beaucoup moins animé les débats autour de l'étendue du pouvoir du juge et cela peut s'expliquer pour une simple raison : il s'agit d'une fausse nouveauté. L'article 1186 du Code civil ne fait que consacrer et élargir un contrôle que le juge opère déjà depuis de nombreuses années sur la base d'une jurisprudence structurée.

708. **Pas d'extension des pouvoirs des juges.** Les juges s'inscrivent dans un mouvement de continuité de leur ancienne jurisprudence. Il y a donc peu de changement par rapport à ce qui existait déjà avant la réforme[879]. La consécration légale n'a pour le moment pas été porteuse d'évolution ni d'accroissement de l'intervention des juges au sein des contrats. Le constat est similaire pour les notions directement inspirées du droit spécial des contrats de distribution qui sont par essences des outils protecteur.

[878] V. supra n°164
[879] V. supra n°597

2) Une sous-utilisation des notions inspirées du droit spécial des contrats de distribution

709. **Des notions nouvelles issues du droit spécial.** Le droit commun par mimétisme et pour assurer son objectif de protection de la partie faible a intégré lors de sa réforme des mécanismes correcteurs des déséquilibres souvent issus du droit spécial. Là encore, alors même que la raison d'être de ces notions est de permettre aux juges d'assurer un rééquilibrage des contrat, l'analyse des décisions rendues depuis la promulgation de la réforme du droit des contrats, montre des juges très prudents dans l'utilisation de ces outils correcteurs, qu'il s'agisse du déséquilibre significatif (a), de l'abus de l'état de dépendance (b) ou de la révision pour imprévision (c).

a) Le déséquilibre significatif

710. **Une notion tirant son origine du droit de la consommation.** Pour comprendre les craintes qui ont émergé lors de la consécration du déséquilibre significatif au sein du droit commun des contrats, il est intéressant de se remémorer son intégration au sein du Code de commerce. En effet, il est utile de rappeler que cette notion est apparue pour la toute première fois en droit de la consommation. Comment expliquer que lors de sa naissance, le déséquilibre significatif n'ait pas tout de suite éveillé des inquiétudes et ait été plutôt bien accueilli ?[880] Tout simplement en raison de la nature même du contrat de consommation, qui implique généralement une relation entre un professionnel et un consommateur considéré par principe en position de faiblesse. Il n'y a donc rien de choquant à vouloir apporter une protection renforcée à la partie que l'on sait plus faible par nature[881].

711. **Une notion moins délimitée au sein du Code de commerce.** Le sentiment était tout autre lors de son intégration au sein du Code de commerce, puisque l'objectif principal de ce texte était justement de pouvoir intervenir au sein des contrats de distribution[882]. Le professeur Michel Glais avertissait ainsi, dès l'avènement du texte, de la nécessité de traiter différemment le déséquilibre significatif du code de consommation et le déséquilibre significatif du code de commerce : « *Est clairement visée par cette disposition* (parlant de l'article L.442-6 du Code

[880] SOUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises » », La Semaine Juridique Edition Générale, n°14, 2009

[881] GICQUIAUD (E.), « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD Com, 2014, p.267

[882] L'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce remplacé par l'article L442-1, I, 2°, faisait une référence plus large aux « partenaires commerciaux », pourtant l'étude concrète de la pratique démontre que ce texte ne s'applique que pour les contrats de distribution.

de commerce) *la situation où un fournisseur ferait l'objet de trop fortes pressions de la part de distributeurs disposant à son égard d'un fort pouvoir de négociation. La rédaction de cette disposition est certes identique à celle déjà adoptée en droit de la consommation. Le consommateur final est toutefois un individu supposé particulièrement fragile et incompétent. Dans une relation fournisseur-distributeur, il s'agit de deux professionnels avertis. On peut donc penser que la notion de « déséquilibre significatif » ne devrait pas être appliquée en droit des pratiques restrictives de la même façon qu'elle l'est en droit de la consommation.* »[883].

A cela s'ajoute une autre différence, qui est l'absence de certains garde-fous de la notion du Code de commerce. En effet, le Code de consommation exclut pour sa part tout déséquilibre significatif relatif à l'objet ou au prix du contrat[884].

Il n'en fallait pas plus pour que certains voient dans le déséquilibre significatif du Code de commerce une véritable « arme de justice contractuelle », qui risquait de permettre au juge d'intervenir largement dans les relations contractuelles des parties[885]. D'ailleurs, l'imprécision de sa définition était vue comme une délégation faite aux juges de fixer eux-mêmes l'étendue de leur champ d'action[886].

712. **Une notion au sein du droit commun proche de celle du droit de la consommation.** L'introduction du déséquilibre significatif au sein du droit commun du contrat avait donc de

[883] GLAIS (M.), « Haro sur la fausse coopération commerciale », Bulletin de l'Ilec, 09/2018, n°393 ; Dans le même sens MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le nouvel article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », Contrats Concurrence Consommation, n°11, 2009, dossier 5

[884] Art . L. 212-1, alinéa 3, du Code de la consommation

[885] ROME (F.), « Clauses abusives : les trente glorieuses… », Dalloz, 2008, p.2337 « *Désormais, les mêmes clauses produisent les mêmes effets, quels que soient les contractants auxquels elles sont imposées, et le glaive du juge peut donc trancher dans le vif de tous les contrats significativement déséquilibrés par l'effet d'une clause abusive. Il aura donc fallu patienter trente ans pour que la justice contractuelle soit définitivement consacrée dans un monde économique sans pitié.* » ; RIEM (F.), « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », Revue Lamy de la concurrence, n°21, 2009, « *L'article L. 442-6 deviendrait un instrument de l'équilibre contractuel, indépendamment de toute atteinte au marché et à la concurrence. La sanction du déséquilibre significatif risque alors de conduire à un contrôle généralisé de l'équilibre du contrat.* »

[886] CHAGNY (M.), « LME, une loi de rupture », Bulletin de l'Ilec, 09/2018, n°393 « *Malgré l'inspiration trouvée dans le dispositif consumériste des clauses abusives, la transposition des enseignements du droit de la consommation paraît d'autant plus délicate que le texte, applicable ici aux relations entre professionnels, concerne non seulement les stipulations les plus diverses, mais aussi l'économie centrale du contrat. Il peut sembler plus opportun de s'inspirer du droit commun des contrats, ou du droit de la concurrence. Quant à l'efficacité de ces garde-fous, elle dépendra très largement de l'attitude des juges, qui, face à une règle ouvrant la voie à un contrôle sans restriction des contrats entre professionnels, peuvent opter pour une application prudente* ». ; CHAGNY (M.), « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? – A propos de la loi LME du 4 août 2008 », La Semaine Juridique Edition Générale, n°42, 2008, I 196 « *L'attitude des juges - à supposer bien sûr qu'ils soient saisis - sera décisive du devenir de cette règle comme de la force contraignante de la loi des parties : entre immixtion et inhibition, entre ferment de dissolution des contrats ou « sabre de bois », une interprétation médiane du texte reste à trouver.* »

quoi susciter quelques craintes puisqu'il permettait de généraliser la notion à l'ensemble des contrats. Le texte a d'ailleurs connu une première limitation de son domaine d'application entre le projet de réforme de 2015 et la publication de l'ordonnance de 2016. Face aux fortes réticences de la doctrine, le législateur a finalement limité le champ d'application du déséquilibre significatif aux seuls contrats d'adhésion. Ainsi, tout comme la notion en droit de la consommation ou dans le code de commerce, cette possibilité d'intervention du juge est justifiée par le fait que les parties n'ont pas forcément pu négocier sur un pied d'égalité. De plus, le texte comportait la même limitation que celle connue en droit de la consommation concernant le contrôle du prix et de l'objet du contrat.

Enfin, l'intervention de la Cour de cassation postérieurement à la réforme qui tranche dans le sens d'une absence de possibilité de cumuler les sanctions de droit commun et de droit spécial est venue tout de suite tarir l'attractivité de l'article. En effet, le déséquilibre de droit commun se coupe des contrats de distribution en laissant l'exclusivité au déséquilibre significatif de droit spécial[887]. Le déséquilibre significatif était en quelque sorte l'incarnation de la conception renouvelée du droit commun des contrats. Le rendre inapplicable par la subsidiarité, c'est presque s'attaquer à un symbole[888] et il est donc probable que cette jurisprudence donne la marche à suivre en refusant à l'avenir toutes les hypothèses dans lesquelles un cumul des droits semblait possible.

713. **Une notion au pouvoir d'intervention finalement limité en droit commun.** En définitive, la notion de déséquilibre significatif en droit commun semble désormais énormément limitée et encadrée. Elle aura seulement permis d'élargir l'application de cette notion à l'ensemble des contrats mais n'apportera aucun supplément de protection aux contrats de distribution. Pour reprendre l'expression de Shakespeare employée par le professeur Behar Touchais, ce texte aura finalement fait « *beaucoup de bruit pour rien* »[889].

Cette auto-limitation dans le pouvoir de contrôle du juge est également présent pour l'abus de l'état de dépendance.

b) L'abus de l'état de dépendance

[887] V. supra n°505 et s.

[888] CHAUDOUET (S.), *Le déséquilibre significatif*, thèse, LGDJ, 2021, n°5

[889] BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », La Semaine Juridique, Edition générale, n°14, 2016, dans cet article le professeur Behar-Touchais constate le domaine d'action très restreint de l'article 1171 du Code civil et regrette finalement son incorporation à l'intérieur du droit commun. Elle suggère qu'il aurait sans doute était plus simple de modifier l'article L442-6 du Code de commerce en étendant les personnes pouvant bénéficier de sa protection

714. **Les craintes entourant l'abus de l'état de dépendance.** L'introduction de l'abus de l'état de dépendance dans le droit commun du contrat participe de cette idée de changement de philosophie du modèle contractuel[890] : un nouveau droit des contrats marqué par la lutte contre les déséquilibres et les abus de faiblesses, reconnaissant que les parties ne négocient pas toujours sur un pied d'égalité[891].

Il est vrai que cet article est également inspiré de la jurisprudence rendue en matière de violence économique, mais la paternité revient au droit spécial puisque le Code de commerce a été le premier à intégrer cette notion[892]. La jurisprudence s'était à l'époque, elle-même inspirée du droit spécial en la matière.

Inspiré du droit des pratiques restrictives de concurrence, cet article a tout de suite été perçu comme une nouvelle arme de lutte contre les abus pour les contrats de distribution[893].

Là encore, des craintes ont émergé en raison de la place privilégiée de ce texte au sein du droit commun des contrats puisqu'il intègre les vices du consentement. Les vices du consentement sont un enjeu important du droit des contrats en ce qu'ils permettent au juge de remettre totalement en cause le contrat si celui-ci n'a pas été valablement formé[894].

Des auteurs ont également vu ce nouvel article 1143 du Code civil comme une des incarnations de l'immixtion du juge, en le rapprochant de la notion de lésion qualifiée qui existe en droit belge et qui permet au juge de contrôler le déséquilibre contractuel lors de la formation du contrat[895].

Les craintes qui entouraient le texte ont d'ailleurs conduit à des changements lors la loi de ratification[896]. Enfin, l'absence de précision des notions et des critères d'application laissait

---

[890] MAZEAUD (D.), « La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats », in La violence économique, A l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Dalloz, 2017, p.30

[891] CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligation s: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd, Dalloz, p.30-31 ;BARBIER (H.), « La violence par abus de dépendance », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis

[892] V. supra n°221 et s.

[893] CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2e éd, 2018, p.59

[894] MAZEAUD (D.), « La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats », in La violence économique, A l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Dalloz, 2017, p.29 « *Appréhendée comme un vice du consentement, la règle édictée par l'article 1143 est destinée à protéger la liberté du consentement de la partie faible et ne laisse pas d'autre alternative au juge que d'annuler le contrat. Édictée dans une subdivision sur le contenu du contrat, elle est un instrument qui permet au juge de contrôler l'équilibre contractuel et qui lui accorde, en vue de supprimer le déséquilibre manifestement excessif, le pouvoir de réviser le contrat* ».

[895] LEVENEUR-AZEMAR (M.), « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », Dalloz, 2020, p.165 ; RASANDRATANA (D.), « Essai d'une analyse économique de la notion de contrepartie en droit des contrats », RTD com. 2021, p.1

[896] V. supra n°354 et s.

présager pour certains auteurs « un contentieux de masse susceptible de déstabiliser la sécurité juridique » [897], le risque étant de permettre à la partie faible de pouvoir trop facilement se délier de son engagement contractuel.

715. **Une utilisation prudente de la notion par les juges.** Le constat de presque dix années d'existence de l'intégration de l'abus de l'état dépendance en droit commun ne montre pour le moment aucun bouleversement. Les juges n'ont encore jamais fait preuve d'opportunisme en assouplissant les critères demandés pour reconnaître cet abus afin d'annuler un contrat jugé déséquilibré. Les dernières tendances suggéreraient même l'inverse, puisque les décisions des juges du fond et une dernière décision des conseillers à la Cour de cassation rendue le 25 janvier 2023 semblent faire de l'abus un critère autonome[898]. Si cette position des juges était amenée à se confirmer, cela compliquerait grandement la tâche des parties et serait *« en contradiction avec l'esprit même de l'article 1143 du code civil* ». Il deviendrait alors bien plus difficile d'obtenir gain de cause sur le terrain de l'article 1143 du Code civil que sur les autres vices du consentement[899].

716. **Intérêt de l'article 1143 du Code civil**. Il n'est cependant pas exclu d'imaginer qu'à l'avenir les conditions de mise en œuvre de l'article 1143 du Code civil soient finalement assouplies. Dans cette hypothèse, il y aurait forcément un véritable intérêt pour le justiciable de rechercher un abus de dépendance sur le terrain du droit commun plutôt que sur le terrain du droit spécial de l'article L420-2 du Code de commerce. En effet, le droit spécial présente non seulement l'inconvénient de devoir démontrer un effet sur la concurrence mais du point de vue procédural, il peut parfois entrainer des exigences plus lourdes et complexes[900].

717. **Transition.** Si l'abus de l'état de dépendance avait pu faire naître des espoirs de

[897] LATINA (M.), « L'abus de dépendance (C.civ., art 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », Recueil Dalloz, 2020, p.2180

[898] V. supra n°578 et s.

[899] LATINA (M.), « L'abus de dépendance (C.civ., art 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », Recueil Dalloz, 2020, p.2180 « *Cette assimilation des situations conduit à anéantir tous progrès dans la protection de la partie faible qui, paradoxalement, aura beaucoup plus de difficultés à obtenir gain de cause sur le fondement de l'article 1143 du code civil, compte tenu de l'accumulation des conditions, que sur le terrain de l'article 1140, le tout au motif, démenti par les faits, d'un affaiblissement de la sécurité juridique et, hypothétique, d'une exclusion par anticipation des parties faibles* »

[900] Cela sera notamment le cas pour le cas qui concerne les atteintes importantes sur le marché entre grands groupes qui peuvent entraîner une intervention de l'autorité de la concurrence. MONNERIE (N.), « Le cas des enquêtes menées par l'Autorité de la concurrence sous le prise des pouvoirs de contrôle de l'autorité judiciaire », Dalloz actualité, 2024

renouveau protecteur par son intégration dans le droit commun, un des changements phares les plus attendus était sans conteste la révision du contrat pour imprévision.

c) La révision du contrat pour imprévision

718. **Les risques d'une remise en cause trop facile du contrat.** La révision pour imprévision, « star » incontestée des nouvelles mesures promulguées par la réforme du droit commun des contrats, a été traitée de manière détaillée à plusieurs reprises lors de cette étude[901]. Il n'est donc pas utile de rappeler pourquoi cet article était vu par la doctrine comme sans doute l'un de ceux qui allait permettre le plus aux juges d'intervenir dans la relation contractuelle liée par les parties. La pratique a également tout de suite perçu les enjeux de ce type de mesure pour les contrats de distribution. En effet, pour des structures telles que des réseaux de franchises ou de concession, « un double » risque existe dans l'hypothèse d'une intervention du juge pour réviser le contrat. Un premier, dans le cas d'un franchisé ou concessionnaire qui obtiendrait gain de cause pour la révision de son contrat, en raison d'une défaillance du franchiseur. Puis un second, par un effet « cascade », provenant de ce que tous les franchisés du réseau pourraient chercher à obtenir le même bénéfice[902].

719. **Un impact limité pour les contrats de distribution.** Pourtant, si de prime abord les contrats de distribution peuvent paraître un domaine privilégié de l'intervention des juges en raison de leur durée, il y a en réalité peu de chance que la mesure les bouleverse, et ce pour plusieurs raisons : ils sont régulièrement négociés, la pratique de clauses de hardship est bien intégrée. De plus, pour les concessions ou franchises, « *l'évolution des caractéristiques du marché ne peut que difficilement être invoquée comme un cas d'imprévision car c'est précisément en se fondant sur des perspectives espérées de maintien ou d'évolution positive du marché que le distributeur aura relevé le pari de s'intégrer au réseau de franchise ou de concession. Si la conjoncture économique ne suit pas, sauf cas très exceptionnel, il ne pourra s'agir que d'un aléa mesurable ab initio et donc prévisible* »[903]. A cela s'ajoutent les incertitudes quant au caractère supplétif de l'article sachant qu'en matière de franchise il a

[901] V. supra n°337 et s. et 608 et s.

[902] DUTTO (V.), « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », AJ contrat, 2017, p.159

[903] GAUCIERE (B.), LOIRIEUL (V.), REDON (D.), « Effets de la réforme du droit des obligations sur la pratiques des contrats de distribution »,CMS Francis lefebvre, LEXplicite, https://www.lexplicite.fr/reforme-du-droit-des-obligations-sur-la-pratique-des-contrats-de-distribution/ ; LECLERC (F.), « quel impact est susceptible d'avoir la réforme du droit des contrats sur les effets des contrats de distribution ? » AJ contrat, 2017, p.200

anciennement été jugé qu'il n'existait aucun droit à la renégociation dans la mesure où « *le principe de la force obligatoire des conventions s'oppose à l'obligation qui pourrait être mise à la charge d'une partie, en l'absence de clause en ce sens, de renégocier un contrat en cours d'exécution* »[904].

720. **Un juge très prudent.** Enfin, l'étude concrète de la jurisprudence des dernières années semble confirmer qu'il n'y aura pas de révolution liée à la consécration de l'imprévision. Si la crise du COVID-19 et la guerre en Ukraine ont fourni un contexte idéal pour que la notion passe son baptême du feu, force est de constater que les juges ont fait preuve d'une extrême prudence dans l'utilisation de cet article[905].

721. **Conclusion.** En analysant l'emploi qui a été fait depuis la publication de la réforme du droit commun des contrats des nouveaux outils juridiques fournis aux juges, un constat s'impose : celui d'une extrême prudence des juges dans leur utilisation. Aucune décision notable n'a fait preuve d'un opportunisme marqué et d'une volonté des juges de cassation de s'immiscer dans la relation contractuelle pour rétablir des déséquilibres. Pourtant, la consécration légale de ces notions développées par les juges sous l'ancien droit commun pouvait laisser entrevoir une possible évolution. En effet, entre temps, ces mêmes notions avaient inspiré le droit spécial applicable aux contrats de distribution. Pourtant, les juges semblent plutôt vouloir rapprocher ces nouveaux textes de l'ancienne jurisprudence de droit commun que du droit spécial. Le fait que ces nouvelles notions semblent sous-utilisées laisse à penser que les juges ont préféré ne pas étendre trop leurs pouvoirs protecteurs soit par peur d'être critiqués pour l'atteinte qu'ils porteraient à la liberté contractuelle, soit par peur des excès.

L'absence de cumul ou d'option que les juges semblent mettre en place entre droit commun et droit spécial des contrats lorsqu'ils tranchent des litiges relatifs aux contrats de distribution

---

[904] Cass.com. 7 janvier 2017, n°12-17154

[905] TEYSSIER (C.), « L'imprévision : un bilan mineur pour une innovation majeure du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommateur, n°6, Juin 2023, étude 7 « *Pour conclure, l'imprévision entrée en vigueur au 1er octobre 2016, n'a pas eu le temps de s'installer dans le paysage juridique que les crises actuelles ont créé les conditions d'un test grandeur réelle. Après tout juste 6 ans d'existence, et deux crises mondiales majeures, loin de l'innovation juridique annoncée, cet instrument « phare » s'inscrit finalement dans un ensemble d'instruments à la disposition des contractants permettant de résoudre les tensions issues des difficultés d'exécution. Finalement, fallait-il craindre que l'imprévision bouleverse le paysage contractuel ? Pas vraiment. Fallait-il espérer la solution à toutes les difficultés contractuelles ? Pas davantage. Au-delà des questions encore en suspens, la tendance jurisprudentielle est à la prudence. Même si une interprétation audacieuse peut toujours advenir, il faut sans doute remettre l'imprévision en perspective. Six ans d'existence légale face à cent quarante de rejet, il ne fallait peut-être pas trop en attendre !* »

s'inscrit dans une même logique d'auto-limitation.

B) Vers une absence de cumul ou d'option entre droit commun et droit spécial de la distribution

722. **Les conséquences des insuffisances de l'article 1105 du Code civil.** L'articulation du nouveau droit commun des contrats avec le droit spécial a été totalement délaissée par le législateur, ce qui peut s'expliquer pour des raisons historiques (1). Il a été précédemment démontré que l'article 1105 du Code civil et l'adage *specialia generalibus derogant* étaient insuffisants pour assurer la mission de l'articulation. L'absence d'encadrement suffisant de cette articulation est regrettable et il semble finalement que le nouveau droit commun, tel que prévu par le législateur et appliqué par les juges, se dirige peu à peu vers une consécration d'un principe de subsidiarité vis-à-vis des règles de droit spécial (2).

1) Les raisons historiques de l'absence de règle d'articulation

723. **L'articulation, notion absente lors de la création du Code civil.** Le Code civil de 1804 n'avait rien prévu pour organiser l'articulation entre droit commun et droit spécial. Cela peut tout à fait s'expliquer d'un point de vue historique puisqu'à l'origine le droit commun régnait en maître. Les règles particulières à certains contrats étaient beaucoup moins nombreuses qu'aujourd'hui et le Code de commerce n'existait pas encore et était en cours d'élaboration. Il n'était envisagé que comme permettant d'apporter des compléments ou des dérogations au droit civil. A titre d'exemple, voici comment il était prévu dans l'article 18 de régler les contrats de société : « *le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties* »[906].

724. **Un droit spécial en expansion constante.** Le droit spécial des contrats a pris au cours du XIX et XXème siècle une ampleur considérable[907]. Les deux corps de règles ne pouvant naturellement pas se résumer à deux ensembles cloisonnés qui vivent côte à côte sans qu'aucun

[906] BUCHER (C.-E.), DAILLANT (M-A), *La réforme du droit des contrat spéciaux*, Dalloz, 2023, p.2 et s.
[907] MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 13e éd, 2022, p. 19 et s. « *L'essor contractuel du XIXe siècle et, surtout, du XX siècle, dû à l'expansion phénoménale des échanges économiques et qui s'est encore accéléré après la Seconde Guerre mondiale, la consommation de masse et en retour la production de masse, la délocalisation des lieux de production, etc.. a permis un accroissement considérable du nombre des contrats, en volume des contrats conclus mais également en types de contrats nouveaux* ».

échange n'existent entre eux, l'utilisation de l'adage *specialia generalibus derogant* s'est peu à peu imposée afin d'organiser les relations entre ces deux corps de règles.

725. **Les différentes utilisations de l'adage.** L'adage était adopté de manière disparate par la jurisprudence et la rencontre du droit spécial et du droit commun voguait en fonction des décisions, selon différents cas de figure :

Premier cas de figure : Les juges pouvaient opérer une négation du conflit en délimitant strictement le domaine des règles de droit spécial et celles de droit commun. Il n'y avait donc aucun point de recoupement de sorte que l'un ne pouvait primer sur l'autre ;

Second cas de figure : Les juges pouvaient adapter les dispositions de droit commun pour les faire coïncider avec celles du droit spécial. Il s'agissait d'une sorte de négation de la règle commune sans que les juges n'osent assumer sa mise à l'écart ;

Troisième cas de figure : Il pouvait être procédé à une exclusion pure et simple du droit commun au profit du droit spécial ;

Quatrième cas de figure : Enfin, était ouverte la possibilité d'une option voire un cumul possible entre les règles des deux droits[908].

726. **Vers la mise en place d'un principe de subsidiarité ?** Il était normal d'espérer que le nouvel article 1105 du Code civil permette de dégager une règle de conflit plus claire entre les normes. Malheureusement, l'article 1105 du Code civil ne fait que pratiquer une transcription maladroite de l'adage à l'intérieur de notre Code civil. Le texte énonce que « *Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* », sans davantage de précision. Le problème de cette formule courte est qu'elle semble réduire et simplifier l'adage à une stricte et automatique éviction du droit commun. L'article 1105 du Code civil serait en train de mettre en place un principe de subsidiarité de la norme générale. La question du concours de normes n'aurait ainsi jamais à se poser, peu importe que les normes des deux droits soient en conflit ou qu'elles participent à la même volonté de protection.

727. **Des premiers éléments de réponse.** La lecture de la décision rendue sur l'articulation entre l'article 1171 du Code civil et l'article L.442-6 du Code de commerce en matière de déséquilibre significatif vient un peu plus encore renforcer cette idée. Pour justifier le rejet du

[908] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.157 et s. détaillant les raisons d'une « jurisprudence chaotique ».

droit commun, les juges font référence aux travaux parlementaires et à l'intention du législateur qui aurait clairement indiqué sa volonté d'une absence de cumul des deux articles. Pourtant, ces articles avaient la même vocation protectrice et ne s'opposaient en rien. Si le cumul d'articles philosophiquement si proches n'a pas été retenu, il est difficile d'imaginer que les juges puissent prendre un jour davantage de liberté en cumulant des articles dont les vocations apparaitraient, ne serait-ce qu'un peu plus, éloignées.

2) Vers une consécration du principe de subsidiarité ?

728. **Un principe hiérarchique.** Le principe de subsidiarité mis en place s'inscrit dans une logique « kelsenienne » du contrat. Selon Kelsen, l'ordre juridique est un modèle pyramidal constitué de normes hiérarchisées dans lequel la norme inférieure est dépendante de la norme supérieure[909]. Cette vision hiérarchique permet d'ordonner avec simplicité l'articulation des règles de droit commun et droit spécial. Il ne faut pas oublier que le droit spécial se décompose lui-même en différents degrés de spécialité. Ainsi la mise en place d'un principe hiérarchique présente-t-elle le confort d'une vision claire : la règle la plus spéciale évince toujours la règle la plus générale[910].

729. **La reconnaissance d'un principe de subsidiarité.** Le principe de subsidiarité est une notion d'origine canonique longtemps oubliée du droit français. Elle a gagné en popularité ces dernières années grâce à sa reconnaissance en droit européen. En effet, le traité de Lisbonne a consacré le principe de subsidiarité comme un principe fondamental de l'Union. Il consiste à réserver à l'Union Européenne les domaines d'intervention pour lesquels les États membres interviendraient de manière moins efficace.
Si un tel principe était consacré en droit des contrats, il serait évidemment tout de même éloigné de celui du droit européen mais conserverait l'idée d'assurer l'articulation entre deux ordres situés à des niveaux hiérarchiques différents[911].

730. **Un principe déjà envisagé pour réglementer l'articulation des droits.** Dans sa thèse

[909] ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « Kelsen et la théorie générale du contrat », in colloque A*ctualité de Kelsen en France,* LGDJ collection La pensée juridique, 2001, p.109 et s.
[910] PUIG (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », RTD civ. 2001, p.749, « *Le principe hiérarchique réhabilite ainsi le raisonnement juridique dans sa fonction essentielle qui est d'éclairer les choix* ».
[911] PONTIER (J.-M), « Le principe de subsidiarité au profit des collectivités territoriales », Revue Juridique de l'Océan Indien, 2003,27 et s. ; PONTIER (J.-M.), « L'illusion du principe de subsidiarité », AJDA, 2024, p.240

consacrée à l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle, Stéphanie Mauclair fait d'ailleurs de la subsidiarité un principe directeur de cette articulation. Elle estime que ce principe est parfaitement adapté aux relations entre droit commun et droit spécial. Selon elle, « *le principe de subsidiarité attribue à chaque norme en concours un champ d'intervention précis. Le droit spécial, norme principale interviendra en premier. Le droit commun, norme subsidiaire, agira en second* »[912]. De même le professeur Daniel Mainguy, dans son ouvrage consacré aux contrats spéciaux, évoque cette subsidiarité qui délimite le rôle du droit commun : « *le droit des contrats spéciaux se présente comme un ensemble de règles particulières à un autre ensemble – celui constitué du droit commun des contrats qui se présente alors comme subsidiaire – de sorte que si, pour un problème contractuel particulier, on se réfère d'abord aux règles du droit des contrats spéciaux, le recours au droit commun, subsidiaire, permet tout à la fois d'offrir des réponses et une liaison générales* »[913]. Enfin, le Professeur Antoine Gouëzel, dans sa thèse consacrée à la subsidiarité en droit privé dégage différentes conditions : « *l'existence d'un rapport de spécial à général entre les normes en conflit* », un conflit qui « *doit se résoudre en faveur de l'exclusion et non de l'option* », « *Enfin, la mesure de cette exclusion doit être déterminée par le recours à la notion de domaine d'application* »[914].

731. **Les écueils du principe de subsidiarité.** Le principe de subsidiarité permettrait de mettre en place une règle intelligible dont l'application par les tribunaux serait toujours identique[915]. Cependant, cette règle pèche par excès de simplicité et sa potentielle consécration aurait forcément un impact négatif sur le droit des contrats. Le nouvel article 1105 du Code civil semble mettre en place un principe de subsidiarité systématique de la règle de droit commun. Si cette lecture se confirmait, elle consacrerait une interprétation fausse et critiquée de l'adage *specialia generalibus derogant*. En effet, une lecture erronée de l'adage a longtemps cultivé une vision antagoniste du droit spécial et du droit commun, qui entretient un rapport de force et d'influence entre eux, imposant qu'un seul des deux droits ne puisse s'appliquer à une situation donnée. Pourtant, la vocation première du droit commun est de s'appliquer à tous les

[912] MAUCLAIR (S.), *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile contractuelle*, thèse, institut Universitaire Varenne, 2013, n°151

[913] MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 13e éd, 2022, p. 4 .Attention par la suite, Daniel Mainguy vient nuancer son propos en évoquant les imprécisions de l'article 1105 du Code civil.

[914] GOUEZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, thèse, Economica, Paris II, 2013, n°170

[915] GOUEZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, thèse, Economica, Paris II, 2013, n°568. Au sujet de la subsidiarité, l'auteur concluait sa thèse en disant que « *la rationalisation de ce mécanisme était en effet nécessaire pour qu'il puisse remplir au mieux sa fonction : mettre de l'ordre dans le droit* ».

contrats, peu importe qu'ils bénéficient ou non également d'une règlementation spéciale[916]. Cela devrait donc se traduire par la possibilité pour les justiciables de choisir. A partir du moment où le droit commun et le droit spécial ne s'opposent pas, il n'y a aucune raison pour qu'une option ou un cumul de ces droits ne soit pas offert[917].

Comment expliquer alors une telle lecture de l'article 1105 du Code civil réalisée par les juges ? Face au désintéressement du législateur pour l'articulation entre droit commun et droit spécial, deux voies s'offraient au juge : combler ce manque en prenant le relais du législateur et en définissant des règles précises d'articulation ou alors en faire une application littérale. Les juges ont préféré favoriser la seconde option. En effet, s'ils avaient fait le choix de la première possibilité cela aurait fait reposer sur leurs épaules la charge de toujours devoir définir si le cumul ou l'option des droits était possible.

Il semblerait que, puisque le législateur est resté silencieux sur cette question, il ait préféré ne prendre aucun risque.

732. **Propos conclusifs.** Ainsi, si emprunter à la logique de la hiérarchie de Kelsen afin de dégager un principe de subsidiarité permet de faire preuve d'une certaine efficacité juridique, le raisonnement semble tout de même manquer d'une certaine finesse[918]. En appliquant un principe de subsidiarité strict et en délaissant l'usage des nouveaux outils de justice contractuelle offerts par le droit commun, les juges semblent se mettre volontairement en retrait. Pourtant, cette mise en retrait, particulièrement regrettable s'agissant des contrats de distribution, est à rebours de la volonté de protection qui animait la réforme et de la logique jurisprudentielle antérieure. Il paraît contreproductif de ne jamais autoriser la possibilité de recourir au droit commun pour les hypothèses dans lesquelles celui-ci pourrait être plus protecteur que le droit spécial.

II.Le choix d'une mise en retrait à rebours de la logique jurisprudentielle antérieure

---

916 En ce sens : DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°314 « *Il y a cependant lieu de contester la désignation du droit spécial comme règle principale. La règle principale – autrement dit de principe, essentielle- n'est-elle pas, au contraire, celle qui vaut pour le plus grand nombre de situations ?* » ; RAYNARD (J.), « A propos du principe de subsidiarité en droit privé », in *Mélanges MOULY (C.),* Litec, tomp.134, n°18

917 GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.482-483

918 GILLIARD (F.), *La relation sujet-objet et ses avatars dans la genèse du juridique,* librairie Droz, 2002, p.47 et s. « *On ne saurait dès lors s'étonner que la grande majorité des juristes se réclamant du kelsénisme, peut sensibles aux subtilités ambiguës du système, tiennent simplement ce dernier pour une théorie réaliste selon laquelle l'efficacité est le critère (l'unique critère) de la validité d'un ordre juridique* ».

733. **Une étonnante mise en retrait des juges.** Les décisions rendues par les tribunaux depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance ne semblent plus du tout en phase avec l'ancien mouvement jurisprudentiel de déformation du droit commun des contrats, qui cherchait par des moyens détournés à assurer coûte que coûte la protection de la partie faible. Alors que la poursuite de cette logique jurisprudentielle aurait dû conduire les juges à se saisir bien davantage des nouveaux outils de protection dont s'est enrichi le droit commun (A), elle se trouve d'autant plus contrariée que les juges font toujours primer le droit spécial sur le droit commun, empêchant la possibilité de cumuler les dispositions protectrices et délaissant ainsi le droit commun (B).

A) L'emploi étonnamment limité des nouveaux outils

734. **Une réforme proposant des outils de rééquilibrages nombreux.** Les nouveaux outils issus de la réforme répondent parfaitement aux objectifs recherchés par les juges lorsqu'ils déformaient le droit commun. Pourtant, s'il est sans doute encore trop tôt pour affirmer que le juge ne fera jamais une utilisation plus étendue de ces outils, force est de constater qu'à ce jour il en fait un usage extrêmement prudent.

Dans son rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, le Président de la République détaillait une liste de treize objectifs de la réforme. En position privilégiée, puisque figurant en seconde position, le Président disait souhaiter introduire « *des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre* », il ajoutait ensuite dans les explications sur la genèse de la réforme, vouloir « *moderniser (le droit des contrats), pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles.* ».[919]

735. **L'influence des contrats de distribution.** L'étude de l'évolution du droit des contrats démontre que l'influence des contrats de distribution n'est pas neutre dans cette nouvelle approche des relations contractuelles. Face à de plus en plus de situations déséquilibrées, parfois inhérentes à la nature même de certains contrats de distribution, le droit commun des contrats

[919] 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 de la preuve des obligations. JORF n°0035, 2016

a dû dans un premier temps se déformer par l'intermédiaire des juges pour pouvoir leur permettre d'intervenir et corriger des déséquilibres manifestes[920].

Le droit spécial s'est ensuite développé de manière exponentielle pour régir ces contrats. La réforme pouvait donc représenter un dernier mouvement marquant un transfert d'influence de la philosophie du droit spécial vers le droit général. Pour seule preuve de cette influence, il suffit d'observer que de nombreuses mesures phares de la réforme consistent en partie dans l'intégration de notions dont la vocation première est de régir les contrats de distribution : obligation d'information précontractuelle, abus de l'état de dépendance, déséquilibre significatif. Pour d'autres, il s'agit de notions déjà présentes dans le droit commun, mais qui étaient des outils privilégiés d'intervention des juges au sein des contrats de distribution et qui semblent sortir renforcés : révision pour imprévision, bonne foi, contrepartie convenue.

736. **Des craintes.** L'idée générale du nouveau droit commun est ainsi de rétablir l'harmonie de la relation contractuelle en garantissant une meilleure protection de la partie faible : le législateur a souhaité assurer un équilibre entre justice et liberté contractuelle.

Pourtant, cette intégration de notions provenant de la logique de contrats déséquilibrés n'a pas forcément été bien accueillie par la doctrine. De nombreux auteurs y ont vu le risque d'un trop grand interventionnisme du juge. Ils craignent que cette surprotection finisse par mener à une « consumérisation » du droit des contrats[921]. Ainsi a-t-on pu lire concernant les nouvelles dispositions protectrices de la partie faible : « *Ses règles ne sont pas neutres, mais résolument interventionnistes. La protection de la partie faible, valeur morale cardinale qui sous-tend ses principales dispositions est érigée en dogme absolu, sacrifie la liberté contractuelle et ignore l'analyse économique du droit. La partie supposée faible dans un contrat le remettra facilement en cause en faisant valoir qu'elle a été mal informée, que l'on a abusé de sa situation de dépendance, que son partenaire ne justifie pas du bien-fondé du prix ou de sa variation, ou encore que les conditions générales qu'on prétend lui opposer dans un contrat d'adhésion, y compris entre égaux, ne sont pas équilibrées* »[922].

---

[920] RIERA (A.), « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJCA, 2016, p.20 « *Régulièrement, la Cour de cassation est venue puiser dans le contrat de franchise comme à la fontaine de jouvence, en quête d'une régénération perpétuelle de notre droit des obligations. Si la contribution de cette figure contractuelle si particulière à la formation du droit commun a de quoi ravir les spécialistes, elle témoigne toutefois aussi de la relative inadaptation des règles actuelles aux contrats de distribution « modernes », nés pour l'essentiel de la pratique à la fin du XX^e^ siècle* »

[921] MALLET-BRICOUT (B.), « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », RTD civ., 2016, p.463

[922] VOGEL (L.), « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », AJCA, 2016, p.309

Il faut dire que cette nouvelle vision de l'équilibre contractuel pouvait paraître perturbante puisqu'elle ne faisait clairement pas partie des valeurs qui animaient l'ancien Code civil. La logique de l'ancien code était de privilégier la sécurité et la liberté avant tout principe d'égalité. Dans l'ancien droit, les parties étaient supposées négocier sur un pied d'égalité et c'était la confrontation de leurs volontés qui étaient censée aboutir à un équilibre. Cette ancienne logique ne collait plus avec la réalité du monde économique d'aujourd'hui et c'est précisément la raison pour laquelle une partie de la doctrine a vu dans le juge l'acteur idéal pour arbitrer et parfois influer sur le contrat[923].

737. **Transition.** Le constat de ce choix d'une mise en retrait de la part des juges, totalement à l'encontre de la jurisprudence antérieure, peut être fait tant au regard de cette utilisation limitée qu'ils font des nouveaux outils, que s'agissant de l'articulation du droit commun et du spécial qu'ils ont choisi d'opérer.

B) Le choix critiquable d'une articulation subsidiaire « systématique » du droit commun vis-à-vis du droit spécial

738. **Le refus du cumul des droits.** Dans la situation actuelle de la jurisprudence, les juges ont refusé de cumuler droit spécial et droit commun ce qui vient grandement amoindrir la protection de la partie faible au contrat. En effet, la réforme du droit commun des contrats offrait un nouvel arsenal permettant de favoriser la protection de la partie faible avec l'introduction de nouvelles notions protectrices. Les contrats de distribution, source d'inspiration d'une partie de ces nouvelles dispositions, devaient logiquement faire partie des bénéficiaires privilégiés de

[923] PENIN (O.), « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », Contrats, Concurrence, Consommation, n°8-9, 2017, étude 9 ; FERRIER (D.), « Rapport de synthèse », in colloque *réforme du droit commun du contrat et droit de la distribution*, Revue Lamy droit des affaires, 2016, n°117 « L'apport le plus notable (des contrats distribution sur le droit commun des contrats) apparaît dans la considération, que l'on peut trouver exagérée au sein de ce qui constitue le droit commun, du seul rapport économique avec notamment la remise en cause du postulat d'égalité juridique, qui fondait jusqu'alors les règles communes. On comprend qu'à partir du moment où le constat d'inégalité, déjà dressé dans certaines relations économiques déséquilibrées comme celles entre employeur et salarié, professionnel et consommateur, était également opéré dans les relations entre professionnels, eux-mêmes, il devenait tentant voire pour certains nécessaire d'ouvrir le droit commun à une considération économique du rapport contractuel compris comme un rapport de force facteur de déséquilibre. Le résultat se traduit par la prise en compte systématique de la situation de faiblesse du contractant à l'image de celle de certains distributeurs et de la situation de force du cocontractant à l'image de celle du promoteur de réseau ou du grand distributeur, et par la mise en place de protections plus fortes que celles jusque-là apportées par le droit commun ».

cette nouvelle protection[924].

Pourtant, si le principe de subsidiarité venait véritablement à être consacré, les contrats spéciaux ne bénéficieraient que rarement de cette nouvelle protection. En effet, pour les contrats de distribution, le droit commun n'aura un intérêt que dans les zones pour lesquelles droit commun et droit spécial ne sont pas en concours. Or, dans la mesure où le nouveau droit commun des contrats s'est grandement inspiré du droit spécial de la distribution, ces zones resteront restreintes. Le droit commun aura pourtant un intérêt pour les justiciables s'agissant des articles dont il a étendu le domaine de protection au-delà du droit spécial.

739. **Illustrations.** A titre d'exemple, l'article L341-1 du Code de commerce en matière d'interdépendance contractuelle prévoit d'exclure de son domaine de protection les magasins collectifs de commerçants indépendants, les sociétés de caution mutuelle, les contrats de société ou encore les contrats de bail. *A contrario*, l'article 1186 du Code civil pourra leur assurer sa protection[925]. De même pour la loi Doubin qui ne s'applique pas forcément à l'ensemble des contrats de distribution. En effet, l'article L330-3 du Code de commerce exige notamment un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Les contrats de distribution sélective ne s'appuyant pas sur ce type d'engagement ne bénéficient donc pas de sa protection, tout comme les distributeurs indépendants[926]. Le droit commun peut également être un soutien pour tous les secteurs soumis à des textes spéciaux qui ne peuvent pas bénéficier de la protection de l'article L. 442-1 du Code de commerce relatif aux pratiques restrictives de concurrence. En effet, l'article L. 442-1 du Code de commerce exclut certaines catégories de secteurs de son régime de protection lorsqu'ils sont soumis à des régulations spécifiques. Les exclusions sont soit expressément prévues par les textes, soit la jurisprudence s'est chargée de les confirmer[927], c'est

[924] FERRIER (D.), « Rapport de synthèse », in colloque *réforme du droit commun du contrat et droit de la distribution*, Revue Lamy droit des affaires, 2016, n°117 « *De nombreuses dispositions du nouveau droit commun du contrat apparaissent directement inspirées du droit de la distribution qui se trouve ainsi conforté, comme l'ont montré tous les intervenants. Au demeurant, cette inspiration n'est pas nouvelle. La lecture des chroniques de droit des obligations et de droit des contrats de la très classique Revue trimestrielle de droit civil révèle depuis 1980 l'intérêt croissant porté au cours des dernières décennies par les observateurs du droit commun aux décisions rendues en matière de contrats de distribution* ».

[925] V. supra n°593

[926] BLANC (G.), SERVERIN (E.), RUEL (F.), LE FRIANT (M.), « Les contrats de distribution dits de partenariat ». Rapport de recherche, Ministère du commerce et de l'artisanat, 1992 p.17 et 18.

[927] CHAGNY (M.), « Le domaine d'application matériel de l'ancienne règle sur l'avantage sans contrepartie notamment en présence d'un régime spécial relatif au contrat concerné ». RTD com. 2023, p.596

par exemple le cas des relations sociétaires ou financières[928], des sociétés coopératives[929], des groupements d'intérêt économique[930], ou du bail commercial[931] etc.

740. **Le cas de la franchise participative**. Cette forme de franchise met bien en lumière l'intérêt de support du droit commun. Il s'agit d'une technique consistant pour un franchiseur à prendre une participation dans le capital social d'une ou plusieurs sociétés franchisées de son réseau[932]. Cette pratique a été fortement critiquée par l'autorité de la concurrence, puisqu'elle vient grandement réduire l'indépendance du franchisé en l'échange d'une participation bien souvent dérisoire[933]. L'autorité de la concurrence considère notamment que cette pratique vient restreindre la liberté commerciale en limitant la possibilité pour les franchisés de sortir du réseau. Malheureusement, l'article L. 341-1 du Code de commerce est inapplicable à la franchise participative, alors même que l'objectif principal de cette loi était justement d'éviter de pouvoir lier un candidat à un réseau par le biais d'un enchevêtrement de stipulations statutaires[934].

De plus, la franchise participative introduisant un degré élevé d'interdépendance et de coopération économique entre le franchiseur et le franchisé, il n'est pas impossible qu'à l'avenir l'article L.442-1 du Code de commerce puisse être jugé comme inapplicable. Dès lors, le support du droit commun, pour ce type de contrat deviendrait presque essentiel[935].

741. **Une position des juges surprenante.** Le choix du refus de cumul opéré par les juges peut sembler une fois encore étonnant au regard de l'histoire de l'évolution de la protection de la partie faible au sein du droit commun. Durant des années, les juges se sont évertués à déformer le droit commun pour aboutir à cet objectif de protection. Désormais, ils semblent

[928] CHAGNY (M.), « Vers un principe d'interprétation stricte du droit des pratiques restrictives et son exclusion des relations « hors marché », RTD. Com. 2018. p.633

[929] DELPECH (X.), « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et le secteur coopératif : une incompatibilité qui se confirme », Dalloz actualité, 2017

[930] DESHAYES (O.) ; TADROS (A.), « Le déséquilibre significatif et le contrat constitutif d'un groupement », Dalloz, 2017, p.1583 ; GODON (L.), « GIE et droit de la concurrence : les modalités de retrait d'un membre ne relèvent pas du contrôle du déséquilibre significatif », Rev. Soc., 2018, p.250

[931] BARBIER (H.), « Le bail commercial échappe à l'examen des clauses abusives sur le fondement de l'article L.442-6 du code de commerce », RTD civ. 2018, p.408

[932] DISSAUX (N.), « Franchise participative : qu'on l'achève ! », Dalloz, 2024, p.856

[933] Avis du 7 décembre 2010, n°10-1-26 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire

[934] LECOURT (A.), « Conception atypique de l'objet social pour les sociétés œuvrant dans le secteur de la grande distribution : une particularité contextuelle ? » RTD com. 2017, p.915

[935] MATHEY (N.), « Franchise participative : une voie étroite ouverte au franchisé souhaitant quitter le réseau », Contrats Concurrence Consommation, n°5, Mai 2024, Comm. 77

totalement s'effacer devant le retour du législateur venu reprendre sa place au moyen de la réforme du droit des contrats. Les juges paraissent appliquer le principe de subsidiarité du droit commun afin de ne surtout pas prendre le risque d'entrer en contradiction avec le législateur. Pourtant, ce dernier n'a jamais exprimé une quelconque volonté d'effacement du rôle du juge lors de la réforme. Au contraire, le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 précise que le dernier alinéa de l'article 1105 « *introduit une nouveauté importante et attendue des praticiens, puisqu'il rappelle que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines 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* »[936]. Seule l'hypothèse de la contradiction est envisagée ici. Le rapport affirme ainsi que les règles générales doivent être écartées lorsqu'il est impossible de les appliquer simultanément, ce qui signifie *a contrario* que dans d'autres circonstances le cumul peut se produire. Finalement, rien n'impose réellement au juge d'appliquer un tel principe, mise à part une règle qu'ils sont eux-mêmes en train de bâtir[937].

742. **Une position contradictoire.** Surtout, ne serait-il pas totalement contradictoire de consacrer un principe de subsidiarité « systématique » alors même que le droit commun pourrait s'avérer plus protecteur que le droit spécial ? L'un des objectifs du nouveau droit commun des contrats était précisément d'introduire la reconnaissance de la logique des contrats déséquilibrés au sein du droit général pour y apporter une protection supplémentaire. Il serait pour le moins déroutant que des parties relevant du droit de la distribution, droit reconnu pour les risques accrus de déséquilibres, soient finalement moins bien loties que des contractants qui ne relèvent d'aucune réglementation spéciale puisque le risque est pour le type de contrat bien moins présent[938]. Dans sa thèse, Nicolas Balat critiquait déjà la possibilité de la reconnaissance d'une primauté automatique du droit spécial sur le droit commun. Selon lui, cette primauté « *présente*

[936] 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 de la preuve des obligations. JORF n°0035, 2016

[937] BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°170 « *aucune nécessité de technique juridique ne semble imposer celle-ci comme une solution exclusive. La primauté n'est de l'essence du droit spécial. Elle n'apparait obligatoire que lorsqu'elle est consacrée spécifiquement par un texte* ».

[938] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.475 « *Il est pour le moins étranger qu'une réglementation instituée dans un but protecteur conduise à placer celui qu'elle entend protéger dans une situation moins favorable que celui qui échappe à son domaine de protection* ».

l'avantage d'encourager la pleine effectivité de la règle spéciale, mais l'inconvénient d'être une règle de conflit automatique et aveugle par rapport aux cas concrets et aux besoins, alors que le droit spécial pas toujours le mieux adapté ; l'option présente l'avantage de laisser les individus maître de leurs intérêts, mais l'inconvénient d'une faveur faite à son titulaire »[939].

743. **Illustrations des défauts d'une subsidiarité systématique.** Pour illustrer notre propos, il est possible de prendre l'exemple de l'article 1112-1 du Code civil, qui à l'avenir pourra peut-être s'avérer plus protecteur qu'une loi Doubin sur le déclin[940]. En effet, il pourrait être jugé sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil qu'un des contractants est fautif de ne pas avoir transmis une information jugée « déterminante » ; information qui ne figure pourtant pas dans le listing prévu par le Code de commerce. L'application du principe de subsidiarité empêcherait que l'article 1112-1 du Code civil soit applicable si le contactant a bien rempli les exigences de l'obligation d'information prévue par l'article de droit spécial. Cela aboutirait au paradoxe de moins bien protéger des parties supposées nécessiter une protection renforcée

Autre exemple, celui de l'articulation entre l'article L. 441-8 du Code de commerce qui impose l'insertion d'une clause de renégociation pour les parties qui signent une convention d'une durée supérieure à trois mois portant sur la vente de produits agricoles et alimentaires. Est-ce que les parties soumises à cet article seront en droit de faire appel à l'article 1195 du Code civil si aucun accord n'a été trouvé à la suite de la négociation ? En effet, l'article L. 441-8 du Code de commerce, ne reconnait aucun pouvoir au juge de pouvoir fixer le prix en cas d'échec des négociations. Il pourrait être jugé à l'avenir que puisque l'article L. 441-8 du Code civil ne prévoit pas cette possibilité et que les deux articles ont pour objectif principal de pousser les parties à renégocier (avec un caractère obligatoire en droit spécial)[941], l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux parties qui relèvent de la protection de droit spécial. Là encore, si une telle solution était retenue, elle serait fortement critiquable[942].

744. **Une volonté du juge de retrouver sa place.** La mise en retrait du juge peut sans doute s'expliquer en partie par la crainte de redevenir un juge créateur de droit alors même que le législateur vient tout juste de retoucher au droit commun des contrats. Il ne faut de plus pas oublier que cette réforme est venue retoucher des textes qui ne l'avaient pas été depuis leur

[939] BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°170, n°174
[940] V. supra n°542
[941] V. supra n°353
[942] MAETZ (C.-A.), « réforme du droit des obligations et droit de la distribution », in *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, 2018, Dalloz, p.115 et s.

élaboration en 1804. La rareté des modifications que connait ce droit est sans doute corrélée à l'importance que les juges lui accordent. Cependant, cette mise en retrait peut peut-être, également et en partie, s'expliquer par des raisons procédurales.

Paragraphe 2 : Une mise en retrait pour des raisons procédurales

745. **L'influence des règles de procédure.** La question procédurale a sans doute un rôle non négligeable dans la mise en retrait du juge dans l'utilisation des nouveaux outils de droit commun. En effet, il existe pour les contrats de distribution une règle de spécialisation des juridictions qui, bien qu'elle connaisse des évolutions constantes et notamment de récents assouplissements (I), a nécessairement eu une incidence significative sur l'articulation entre les droits (II).

I. L'évolution de la règle de spécialisation du juge en droit de la concurrence

746. **Une analyse chronologique.** Pour bien comprendre la règle de spécialisation du juge en droit de la concurrence et son potentiel impact sur le droit commun des contrats, il est avant tout nécessaire d'en étudier la genèse et les premières prises de positions jurisprudentielles (A), mais également les récentes évolutions, marquées par un revirement majeur (B).

A) Les origines de la spécialisation

747. **Introduction de la spécialisation des juridictions.** A ses débuts, l'introduction de la spécialisation des juridictions au droit de la concurrence n'a pas fait particulièrement de vagues. Cela s'explique par le fait qu'elle n'était que très peu appliquée. Les juges de cassation vont décider de garantir son effectivité et d'accroitre son domaine d'intervention (1) mais la doctrine se montrera très critique face à cette prise de position (2).

1) Une spécialisation extensive

748. **L'article L.420-7 du Code de commerce.** En 2001 est adoptée la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (NRE). Cette loi introduit l'article L.420-

7 du Code de commerce, (devenu aujourd'hui l'article D442-2 du Code de commerce[943]) qui met en place une règle de spécialisation de juridiction pour les litiges relatifs aux pratiques anticoncurrentielles. Un décret suivra pour définir seize juridictions de première instance compétentes et la seule Cour d'appel de Paris pour toute voie de recours.
Cette règle sera dans un second temps étendue, à l'occasion de la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, à certaines pratiques restrictives de concurrence.

749. **Une règle peu appliquée en pratique.** Le texte de l'article L.420-7 du Code de commerce sera dans un premier temps peu respecté. Pour cette raison, la Cour de cassation va, dans un arrêt du 21 février 2022[944] essayer d'imposer davantage de rigueur de la part des justiciables. Pour y parvenir, les juges de la haute Cour vont sanctionner le pouvoir juridictionnel de l'article L420-7 du Code de commerce par une fin de non-recevoir d'ordre public. Ainsi, en cas d'erreur des parties dans le choix de leur juridiction, leur demande sera déclarée irrecevable, ce qui les forcera à introduire une nouvelle instance devant la juridiction spécialisée et les exposera au risque de prescription de leur action, puisqu'il n'y aura pas eu d'effet interruptif. Le caractère d'ordre public impose que cette irrecevabilité soit relevée d'office par les juges[945].

750. **Transition.** Les contrats de distribution, régis en grande partie par les pratiques restrictives de concurrence, se retrouvent donc désormais, pour toutes ces questions, liés à des juridictions spécialisées. Cependant, cette spécialisation ne s'est pas faite sans un fort lot de critiques de la part de la doctrine et des praticiens.

2) Une spécialisation critiquée

751. **Une règle complexe.** Tout d'abord, du point de vue de la complexité de la règle érigée. En effet, il devenait très difficile pour les parties de savoir à quelle juridiction elles devaient

[943] Modifiée par Décret n°2021-211, en vigueur depuis le 27 février 2021
[944] Cass.com, 21 février 2012, n°11-13276, Bull.civ. IV, n°38 obs. CHEVRIER (E.), D. 2012. 677, Obs. FERRIER (D.), D.2013. 732, obs. GALLOUX (J.-C), D.2013. 1924 ; obs THERY (P.),, RTD civ. 2012 ; Obs ZAMPINI (F.), RTD eur. 2013.292-44
[945] AMARO (R.), « Spécialisation du juge en droit de la concurrence : le revirement ! » Dalloz, 2023, p.2298 ; AMARO (R.), « Sanction du défaut de spécialisation en droit de la concurrence : les conséquences du retour au régime de l'incompétence », Revue Des Contrats, 2024, n°01, p.72BIZET (C.), « Incompétence n'est pas défaut de pouvoir : leçon de procédure en terres de concurrence, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°01, 2024 .1004 ; STRICKLER (Y.), « Sanction de la compétence d'un tribunal de commerce spécialisé – Incompétence ou fin de non-recevoir », Procédures, n°12, 2023, comm. 315

s'adresser, surtout dans les cas de demandes connexes ou reconventionnelles. De plus, la doctrine estimait que la Cour de cassation faisait une mauvaise lecture du texte, puisqu'elle mettait en place une sanction du « pouvoir de juger » là où le législateur avait seulement organisé une compétence dérogatoire.
Il paraissait regrettable que, sous prétexte de vouloir à tout prix empêcher le juge « ordinaire » de se prononcer sur un texte de droit spécial, les juges de Cassation aient préféré prendre le risque qu'une véritable pratique illicite reste impunie simplement pour une erreur d'assignation[946].

752. **Une mise en place problématique.** Des auteurs pointent du doigt une certaine impréparation dans la mise en œuvre de cette règle. Certaines juridictions se retrouvant désignées comme « spécialistes » sans même le savoir, et sans même avoir eu une formation particulière en droit de la concurrence pour justifier d'une compétence accrue vis-à-vis des autres tribunaux. Avant le cadre posé par la Cour de cassation, il y avait une totale obscurité pour les juges de première instance non spécialisés qui était saisis à tort d'une question de droit spécial. De plus, le législateur semblait avoir mis en œuvre cet article davantage pour régir le cas particulier de la grande distribution, sans prendre conscience que le large spectre d'intervention de l'article allait avoir un impact sur la majorité des contrats d'affaires[947].

753. **Transition.** Cette mise en place chaotique et fortement critiquée pour ses approximations va cependant connaître récemment un véritable *mea culpa* de la part de la Cour de cassation qui va enclencher une marche arrière via un revirement de jurisprudence.

B) Un revirement utile pour une spécialisation assouplie

754. **Rétropédalage de la Cour de cassation.** La Cour de cassation, dans un arrêt du 18 octobre 2023[948], va pleinement reconnaître les erreurs de son ancienne jurisprudence en matière de spécialisation des juridictions. Elle relèvera que la règle qu'elle avait elle-même mise en place aboutissait à des solutions « *confuses et génératrices, pour les parties, d'une insécurité juridique* » et qu'elle était contraire à l'article 33 du Code de procédure civile selon lequel « *la*

[946] BIZET (C.), « Incompétence n'est pas défaut de pouvoir : leçon de procédure en terres de concurrence, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°01, 2024 .1004
[947] AMARO (R.), « La spécialisation du juge : l'exemple à ne pas suivre du droit de la concurrence », in États de droits, Mélanges en l'honneur de Dany Cohen, Dalloz, 2023, p.32
[948] Cass.com, 18 octobre 2023, n° 21-15378

compétence des juridictions en raison de la matière est déterminée par les règles relatives à l'organisation judiciaire et par des dispositions particulières ». Afin d'assouplir son ancienne position, la Cour de cassation reconnaît désormais que les articles L.442-6, III devenu L.442-4, III, et D.442-3 devenu D.442-2 du Code de commerce, instituent une règle de compétence d'attribution exclusive et non plus une fin de non-recevoir.
Quels changements apporte cette modification ? Désormais, conformément à l'article 74 du Code de procédure civile, l'incompétence de la juridiction devra être soulevée *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. A l'inverse, la fin de non-recevoir peut être proposée en tout état de cause et même être relevée d'office si elle a un caractère d'ordre public. Les parties pourront dorénavant également compter sur l'effet interruptif de prescription de la demande formée au juge. Ainsi, la partie qui commet une erreur dans le choix de la juridiction à saisir au litige sera bien moins durement sanctionnée que par une fin de non-recevoir.

755. **Portée de la décision ?** L'arrêt ne précise pas en revanche si cette jurisprudence rendue pour le seul article L.442-6 devenu L442-1 s'étendra aux autres pratiques restrictives de concurrence. Cependant, la doctrine estime assez unanimement qu'il n'y a que peu de chance que ce ne soit pas le cas et qu'il s'étendra également aux pratiques anticoncurrentielles. En effet, au regard du rétropédalage sincère enclenché par la Cour de cassation, il est probable qu'ayant étendu largement la rigueur de son ancienne jurisprudence, elle opère de la même manière s'agissant de son assouplissement.

756. **Conclusion.** Les juges de la haute Cour ont su entendre les critiques de la doctrine et des praticiens pour procéder à un revirement et revenir sur la rigueur de leur position passée. Il n'est pas certain pour autant que les juridictions non spécialisées connaîtront davantage d'affaires relatives à des notions pour lesquelles droit commun et droit spécial sont invocables.

II.<u>Les incidences de la spécialisation de juridiction sur le nouveau droit commun</u>

757. **L'impact de la spécialisation de juridiction.** Les répercussions que la spécialisation de juridiction va avoir sur le nouveau droit commun des contrats sont assez évidentes puisque les nouvelles notions introduites dans le droit commun sont pour la plupart tirées directement du droit spécial des pratiques restrictives de concurrence : il en va ainsi des textes qui concernent le déséquilibre significatif, l'abus de dépendance ou encore la rupture brutale des

relations contractuelles, qui impliqueront de grandes similarités entre droit commun et droit spécial. Pour des parties liées par un contrat de distribution, il paraît presque impossible d'imaginer qu'elles puissent intenter une action en justice sans s'adresser à une juridiction spécialisée. Pour le comprendre, il est intéressant de s'intéresser à deux cas de figure : soit la demande porte à la fois sur le droit commun et le droit spécial (A) soit elle porte exclusivement sur le droit commun (B).

A) La demande du justiciable porte à la fois sur le droit commun et le droit spécial

758. **Action sur le fondement du droit commun et du droit spécial.** Intenter une action en justice sur le fondement du droit commun et du droit spécial pouvait sembler être une option intéressante pour le demandeur qui souhaite invoquer les deux droits en espérant obtenir l'application de celui qui lui sera le plus favorable.
Dans ce cas-là, que les dispositions spéciales soient invoquées à titre principal ou accessoire, le principe de spécialisation impose de saisir une des juridictions désignées par l'article D.422-2 du Code de commerce.
Tout comme cela a été expliqué précédemment, dans l'hypothèse d'un litige mal orienté, la sanction sera désormais une exception d'incompétence et non plus une fin de non-recevoir.

759. **Constatation de l'incompétence par le juge.** La question se pose de savoir si le juge est obligé, comme dans le cas d'une fin de non-recevoir, de relever d'office l'irrégularité ? La Cour de cassation dans sa décision du 18 octobre 2023 ne s'est pas clairement prononcée sur cette question : elle a simplement retenu que l'incompétence devra être constatée par le juge « *si son incompétence est soulevée* ». Un raisonnement *a contrario* pourrait laisser penser que, si les parties ne soulèvent pas l'exception d'incompétence *in limine litis* comme elles sont invitées à le faire, le juge n'aura pas à le faire à leur place. Il en a pourtant la possibilité puisqu'en droit de la concurrence, la compétence d'attribution est d'ordre public. En effet, il est de jurisprudence constante que, dans l'hypothèse où les parties n'ont pas soulevé son incompétence, le juge de première instance n'a normalement pas le droit de la relever lui-même d'office, sauf si cette règle d'attribution a un caractère d'ordre public[949].

[949] En ce sens : CHAGNY (M.), « Quel revirement en matière de spécialisation des juridictions ! » RTD com. 2024, p.61 ; BARBA (M.), « Saisine d'une juridiction non spécialisée en droit des pratiques restrictives : l'incompétence plutôt quel 'irrecevabilité – Les hésitations »., Dalloz actualité, 2023 ;

760. **Disjonction du litige.** La question de la possibilité de disjonction du litige a également pu se poser. Une juridiction non spécialisée saisie à tort peut-elle tout de même se prononcer ? La disjonction d'instance est autorisée[950], les juridictions pouvant ainsi se prononcer sur les moyens relevant du droit commun. Cependant, cette disjonction n'est possible que pour des hypothèses limitées dans lesquelles l'objet du moyen de droit commun est suffisamment éloigné du fondement de droit spécial. En effet, il n'est pas autorisé de diviser artificiellement un litige s'il existe un risque que des décisions contradictoires soient rendues[951]. Ainsi, pour les cas de notions presque identiques qui relèvent à la fois de textes de droit commun et de droit spécial, la disjonction ne semble pas envisageable.

761. **Transition.** Ainsi, pour des actions fondées à la fois sur les notions de droit commun et de droit spécial, la juridiction spécialisée paraît presque incontournable. En est-il de même si une demande du justiciable porte exclusivement sur le droit commun en souhaitant volontairement faire abstraction du droit spécial ?

B) La demande du justiciable porte exclusivement sur le droit commun

762. **Une seule des deux parties se fonde sur le droit commun** : une partie peut espérer contourner la réglementation en matière de spécialisation de juridiction, en ne soulevant volontairement pas les dispositions du droit spécial. Cependant, elle s'expose au risque de demandes connexes ou reconventionnelles basées sur des pratiques restrictives ou anticoncurrentielles. Dans son arrêt de revirement du 18 octobre 2023, la Cour de cassation a spécifiquement évoqué cette situation au paragraphe 17 de la décision rendue. Ainsi, dans l'hypothèse où le défendeur à une action fondée sur le droit commun invoque à titre reconventionnel une disposition de droit des pratiques restrictives de concurrence, la Cour incite la juridiction non spécialisée à se déclarer incompétente et soit à surseoir à statuer soit à renvoyer l'affaire devant la juridiction compétente.

763. **Les deux parties se fondent sur le droit commun** : dans cette hypothèse, le défendeur peut estimer tout comme le demandeur que le droit commun lui sera plus favorable. Dans ce

[950] Cass.com, 24 septembre 2013, n°12-21089, note MATHEY (N.), Contrats Concurrence Consommation, 2013, comm 267 ; obs DORANDEU (N.), Dalloz, 2013, p.2812 ; Cass.com, 1er décembre 2021, n° 19-25938, obs MATHEY (N.), Contrats Concurrence Consommation, n°2, 2022, comm. 27
[951] Cass.com, 6 septembre 2016, n°14-27085

cas-là, le juge peut-il lui-même relever l'existence du droit spécial applicable ? Ces dispositions ayant un caractère d'ordre public, le juge n'en a pas l'obligation, mais il peut les relever d'office. Une fois qu'il aura évoqué les dispositions de droit spécial, le juge devra alors, une fois encore, se déclarer incompétent.

764. **Risques du traitement des litiges par les juridictions spécialisées.** L'étude de ces différentes hypothèses démontre que, malgré un léger assouplissement du principe de spécialisation des juridictions en droit de la concurrence, ce sont presque toujours les juridictions spéciales qui devraient connaître des litiges dans lesquels les notions communes du droit commun et du droit spécial sont invoquées. Quel risque fait peser la spécialisation des juridictions sur l'articulation du droit commun et du droit spécial ? Le risque principal est sans doute que les nouvelles dispositions de droit commun soient totalement mises en retrait par les juridictions spécialisées. Pour comprendre cette crainte, il est intéressant de s'appuyer sur les critiques du professeur Christophe Jamin à l'encontre de la spécialisation des juridictions. En se référant aux travaux de Carbonnier, il estime à regret que le juge spécialisé ne laisse plus de place au doute. En effet, « *le juge trop spécialisé, trop bien organisé, trop surchargé du même travail, perd sa faculté et le temps de douter* ». Ainsi les décisions rendues par ces juridictions finissent par revêtir « *l'aspect mécanique d'une administration* »[952].

765. **Conclusion.** Les juges spécialisés en droit de la concurrence sont tellement habitués à se référer aux textes de droit spécial qu'il existe un fort risque pour que les dispositions du nouveau droit commun des contrats invoquées par les parties soient totalement délaissées. De plus, les parties pouvaient raisonnablement vouloir éviter les juridictions spéciales pour que leur litige soit moins jugé sur des considérations propres aux relations affaires[953]. Enfin, si du point de vue de l'articulation un cumul des textes de droit commun et de droit spécial reste techniquement envisageable, la possibilité d'une option est en revanche à écarter. En effet, laisser librement à la victime la possibilité de choisir entre droit commun et droit spécial

[952] JAMIN (C.), « Douter avec Carbonnier… », Recueil Dalloz, 2018, p.713

[953] FERRIER (D.), « Rapport de synthèse », in colloque *réforme du droit commun du contrat et droit de la distribution*, Revue Lamy droit des affaires, 2016, n°117 « *S'agissant de l'application des nouvelles dispositions du droit commun, celle-ci pourrait être recherchée, comme l'ont avancé plusieurs intervenants, dans des relations relevant du droit de la distribution afin d'échapper moins à l'application des dispositifs spéciaux qu'à leur interprétation par le juge spécialisé en matière de pratique restrictive de concurrence et ainsi d'obtenir auprès du juge de droit commun une solution plus favorable car moins imprégnée de considérations propres aux relations d'affaires* ».

reviendrait à nier la spécialisation des juridictions[954].

[954] MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, Sirey, 2018, p.127

CONCLUSION CHAPITRE 1

766. **Le rôle majeur du juge.** Intuitivement, le juge pouvait sembler être le meilleur acteur pour assurer la garantie d'une complémentarité entre droit commun et droit spécial. Il y était presque invité par le législateur qui a multiplié les standards juridiques et les notions nouvelles, au cadre parfois peu délimité, afin de lui donner les meilleurs outils pour assurer l'objectif de protection de la partie faible[955]. Le législateur avait en outre presque totalement délaissé la question de l'articulation du droit commun et du droit spécial.

767. **Deux options.** Dans ces circonstances, les magistrats disposaient de deux alternatives dans la manière d'aborder cette porte laissée ouverte par le législateur.
La première consistait à s'y engouffrer en utilisant les nouvelles dispositions du droit commun pour enrichir le droit spécial voire le renouveler. Ainsi par exemple, de nombreux auteurs espéraient que l'article 1112-1 du Code civil vienne raviver une loi Doubin jugée par certains comme étant dans une situation de déclin[956]. Le juge aurait pu interpréter les nouvelles notions de droit commun à la lumière du droit spécial, plus particulièrement du droit de la distribution dont il s'est en partie inspiré. Cela aurait eu un intérêt supplémentaire dans le traitement de l'articulation des dispositions de droit commun et de droit spécial. En effet, pour traiter la question de la complémentarité, le juge aurait été amené à se positionner sur l'éventuel cumul des règles et de la détermination du champ d'intervention de chacune.
La seconde alternative laissée au juge consistait à se mettre en retrait en essayant de rester le plus proche possible des textes établis par le législateur.

768. **Le choix de la mise en retrait.** Les juges ont joué la carte de la prudence en choisissant

[955] MAINGUY (D.), « Loyauté et droit des contrats de droit privé », in PETIT (F.) (dir.**),** *Droit et loyauté*, Dalloz, 2015, p.5 et s. il est possible d'y voir finalement une répétition de la construction historique du droit des contrats telle quelle est analysée par l'auteur : « *la théorie générale des contrats, à supposer qu'elle existe, n'est pas d'origine légale pas plus qu'elle n'est posée par le juge : il s'agit d'un ensemble de postulats et d'interprétations possibles, disons scientifiques, dans tous les cas, forts nombreux, où un doute quant à l'interprétation d'une norme demeure. Poser donc que la théorie générale des contrats règle de manière cohérence le droit des contrats est, du point de vue de la normativité des règles, insensé. Tout juste peut-on considérer qu'il s'agit d'une proposition ou d'un ensemble de propositions d'interprétations, aux contours vagues ou précis selon les cas, et visant à assurer les « consommateurs de droit des contrats », de la relative stabilité et prévisibilité du droit des contrats dans le temps* ».
[956] DISSAUX (N.), « Pauvre « loi Doubin » », JCP E, 2016, 1235

la seconde option. C'est ainsi que le nouveau droit commun des contrats est pour le moment marqué par une sous-utilisation de la part des juges des outils de rééquilibrage du contrat qui sont à leur disposition et par une application stricte et littérale de l'adage *specialia generalibus derogant*. Cela présente l'intérêt pour les magistrats d'éviter de se prononcer sur des problèmes relatifs à la spécialisation des juridictions pour les questions inscrites à cheval entre le droit commun et le droit spécial. Il aurait même pu être envisagé que le justiciable puisse volontairement contourner le droit spécial en invoquant exclusivement le droit commun plus protecteur si l'option était permise.

769. **Un constat décevant à rebours de l'esprit de la réforme.** Il est difficile de ne pas éprouver certains regrets face aux choix opérés jusqu'à présent par les juges dans l'interprétation du nouveau droit commun des contrats. Cette mise en retrait volontaire entre de plus en opposition avec la mission de protection de la partie faible qui animait la réforme.
Du point de vue des contrats de distribution, c'est une déception plus importante encore. Ces contrats se trouvent désormais parfois plus mal lotis avec la protection fournie par le droit spécial que s'ils pouvaient bénéficier de la nouvelle protection de droit commun[957]. Cela est d'autant plus frustrant que le lien de filiation entre les nouvelles dispositions du droit commun et celles existantes en droit de la distribution est assez évident. Si les juges s'entêtent à toujours exclure le droit commun en présence du droit spécial, même lorsque les textes expriment une volonté commune, le droit commun court le risque de perdre de son influence.

770. **Nuances.** Si ce constat est inquiétant alors que les dix années de la publication de la réforme approchent, il peut être relativisé. Peut-on vraiment en vouloir aux juges d'avoir adopté une telle position au regard de la levée de boucliers et des cris d'alarme poussés par une grande partie de la doctrine à la sortie de la réforme contre les pouvoirs qui leur ont été accordés ? Le législateur a décidé de reprendre la main en réformant le Code civil et les juges ne font alors peut-être preuve que d'un acte d'allégeance en essayant de ne faire aucune interprétation extensive des textes et en restant au plus proche de sa volonté. En outre, cette absence d'utilisation extensive des textes correcteurs des déséquilibres du Code civil démontre peut-être simplement que le droit spécial en la matière apporte pleine satisfaction. En effet, si le droit spécial des contrats de distribution apporte satisfaction, pourquoi vouloir à tout prix faire usage des textes de droit commun qui sont supposées être davantage des supports complémentaires ?

[957] V. supra n°331 et s ; 581 et s ; 743 et s.

Finalement, la position des juges sera peut-être amenée à évoluer dans le temps pour contribuer à l'adaptation des textes à la réalité de leur époque, tout comme l'ancien « mouvement de déformation du droit commun » avait pu y tendre.

771. **Proposition.** Ainsi, si le juge refuse d'assurer la complémentarité des droits, qui peut être légitime à le faire à sa place ? Le mieux placé est sans conteste le législateur.

Chapitre 2 : La solution d'une complémentarité assurée par le législateur ?

772. **Vers une complémentarité assurée par le législateur**. Face à des lois spéciales toujours plus nombreuses et un droit commun renouvelé tirant des inspirations du spécial de la distribution, la question de l'articulation entre ces droits aurait dû jouer un rôle central lors de la réforme du droit des contrats. Le législateur a pourtant semblé délaisser cette problématique et a ainsi raté l'occasion historique de clarifier une question pourtant sensible en pratique (Section 1). Si cet acte manqué du législateur est regrettable, il reste sans aucun doute l'acteur le mieux placé pour assurer une véritable complémentarité du droit commun et du droit spécial (Section 2).

Section 1 : Le constat d'un désintérêt du législateur pour la question de l'articulation du droit commun et droit spécial des contrats

773. **Présentation.** Afin d'essayer de comprendre pourquoi il n'a pas édicté une règle claire et détaillée d'articulation entre le droit commun et le droit spécial, il est intéressant d'essayer de rechercher les possibles raisons du désintérêt du législateur pour cette question (Paragraphe 1). Ce délaissement n'est pas sans conséquence, puisqu'il va venir déséquilibrer les rapports entre droit commun et droit spécial (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les raisons du désintérêt du législateur pour la question de l'articulation

774. **Un unique article du Code civil.** La question qu'il est nécessaire de se poser est : pourquoi le législateur n'a pas saisi l'opportunité de la réforme du droit des contrats pour édifier une véritable règle d'articulation détaillée ? Si aucune réponse claire ne peut y être apportée, il est tout de même étonnant qu'il se soit contenté d'un article aussi pauvre et laconique que l'article 1105 du Code civil.

775. **Deux raisons possibles.** Il est intéressant de s'interroger sur les raisons ayant pu conduire le législateur à ne pas prendre en main la question de l'articulation entre le droit

commun et le droit spécial des contrats. Ce désintérêt résulte-t-il de la confiance qu'il accorde au juge déjà bien habitué à traiter seul de la question de l'articulation ? (I) ou traduit-il seulement une volonté du législateur de ne pas figer un choix, qu'il soit celui d'un cumul ou au contraire d'une éviction ? (II)

I. Une confiance accrue accordée au juge ?

776. **Le juge et l'adage *specialia generalibus derogant*.** Ne doit-on pas voir dans le désintérêt du législateur pour la question de l'articulation une véritable confiance accordée aux juges ? Finalement, c'est bien le juge qui, jusqu'à la réforme du droit des contrats, assurait l'articulation du droit commun et du droit spécial, sans aucun support légal. Le juge se contentait de s'appuyer sur l'adage *specialia generalibus derogant* sans jamais le nommer.

777. **Le risque d'une insécurité juridique.** L'absence d'une règle d'articulation précise avait forcément un défaut majeur : celui d'une véritable disparité au sein des décisions qui pouvait nuire à la prévisibilité juridique des justiciables. En effet, en cas de concours entre les dispositions spéciales et générales, il était difficile pour le justiciable de savoir quel droit lui serait applicable.

778. **Une importante marge d'appréciation.** En contrepartie, cette imprécision des solutions présentait le mérite de la souplesse et laissait une marge d'appréciation aux juges dans leur choix d'évincer la règle générale ou, au contraire, de permettre un cumul ou une option entre les droits. Le législateur a-t-il ainsi volontairement souhaité que rien ne change de ce point de vue avec la réforme ? Il aurait par le biais d'une omission intentionnelle remis entièrement la question de l'articulation entre les mains des juges.

II. Une volonté de conserver une certaine souplesse ?

779. **L'absence de choix du législateur entre éviction et cumul.** Pourquoi ne pas avoir profité de la réforme pour mettre en place une véritable règle d'articulation claire entre les droits ? Le législateur a pu craindre de changer ce qui jusqu'à présent avait plutôt bien fonctionné. Une règle d'articulation sans équivoque présente l'avantage de permettre au justiciable de prévoir le droit qui lui sera applicable. Cependant, elle impose également au législateur de réussir à « placer le curseur » au bon niveau et de s'interroger : faut-il avec cette

règle davantage privilégier une éviction du droit commun ou favoriser le cumul ?

780. **La pratique jurisprudentielle d'une éviction du droit commun.** Le législateur a fait le choix d'éviter cette prise de position et a botté en touche en confiant cette mission aux juges. Il n'avait en revanche sans doute pas prévu que la jurisprudence allait s'appuyer sur l'article 1105 du Code civil pour pratiquer une éviction du droit commun des contrats[958].

781. **Une consécration légale insuffisante et imparfaite.** Il est toutefois peu probable que ce choix traduise la réelle intention du législateur puisque la question de l'articulation avait été totalement absente de l'avant-projet de réforme et que cet article n'a été ajouté qu'après les critiques de la doctrine envers la totale omission de cette question. L'article 1105 du Code civil n'est sans aucun doute qu'une règle présente pour assurer « *a minima* » une référence aux liens entre les deux droits, dont le seul but était de singer l'adage *specialia generalibus derogant* en lui donnant une base légale. Quelles qu'en soient les raisons, le désintérêt du législateur pour le traitement de la question de l'articulation risque d'avoir des conséquences, en particulier sur le droit commun des contrats.

Paragraphe 2 : Les conséquences du désintérêt du législateur pour la question de l'articulation

782. **Vers un déséquilibre de la relation droit commun-droit spécial**. En ne donnant pas aux juges des clés de lecture précises en matière d'articulation des droits, le législateur a sans doute provoqué la mise en place d'une subsidiarité systématique du droit commun. En étant toujours relégué au second plan le droit commun risque d'être affaibli et ainsi moins attrayant (I.). En parallèle le droit spécial continue son expansion en augmentant son périmètre d'intervention et en s'appropriant des notions issues du droit commun (II.)

I. Les risques d'un droit commun moins attrayant

783. **Un droit commun en retrait.** Le droit commun perd de son intérêt pour les justiciables puisque si la Cour de cassation ne change pas sa position, il ne pourra jamais être cumulé avec le droit spécial des contrats de distribution (A.). Le droit commun n'aura donc vocation à

[958] V. supra n°505 et s.

s'appliquer qu'en l'absence de droit spécial. Il est possible de craindre que l'absence de confrontation des droits et cette position de second plan ne rende le droit commun à l'avenir moins novateur (B.).

A) Un droit commun moins protecteur en cas d'absence de cumul

784. **Le risque d'un amoindrissement de la fonction protectrice du nouveau droit commun.** Si le cumul du droit commun avec le droit spécial est systématiquement exclu, certains textes protecteurs de droit commun pourraient ne pas trouver application. Ce constat est particulièrement évident dans l'articulation entre le droit commun et le droit des contrats de distribution. En effet, si lors de la réforme de nombreuses notions ont été directement tirées du droit de la concurrence, les textes du nouveau droit commun des contrats ne sont pas pour autant des reprises *in extenso* du droit spécial. Or, il a été démontré que certaines dispositions du droit commun étaient en mesure d'apporter une meilleure protection aux parties que celles issues du Code de commerce. Il s'agissait dès lors d'une occasion rêvée d'user de ces nouveaux articles pour corriger et compléter les éventuelles lacunes de la protection déjà conférée par le droit spécial.

785. **La subsidiarité exclusive de protection.** La reconnaissance d'une subsidiarité systématique du droit commun aurait pour conséquence de faire perdre aux contrats de distribution la possibilité de bénéficier de la protection issue du Code civil en cas de concours entre les textes. Cela est d'autant plus regrettable que certains textes du nouveau droit commun des contrats semblent parfois être plus protecteurs ou plus facilement invocables que les textes de droit spécial, que ce soit par exemple en matière de déséquilibre significatif, d'abus de dépendance, d'interdépendance des contrats ou de révision du contrat.

786. **Une mise à l'écart du droit commun à rebours de la philosophie originelle du droit spécial.** Il est contre-intuitif d'imaginer que des parties ayant signé un contrat de distribution puissent bénéficier d'une protection moindre dans une même situation que d'autres ayant souscrit un contrat dont la nature des relations entre les parties serait beaucoup plus égalitaire. Les parties se trouveraient ainsi « prisonnières » du droit spécial sans pouvoir bénéficier des apports d'un droit dont la vocation première est en théorie de bénéficier à tous. Il faut rappeler que si les interventions du législateur en matière de droit spécial de la distribution se sont multipliées, c'est en raison des forts risques de déséquilibres et d'abus qui pesaient sur la partie

faible et de l'insuffisance de la protection assurée par l'ancien droit commun des contrats[959]. Il y avait donc dans ce type de contrats une nécessité impérieuse de protection qui se conjugue mal avec la mise à l'écart du nouveau droit commun. Une fois encore, si la subsidiarité venait à se confirmer, le droit commun n'aurait alors d'intérêt qu'en l'absence de textes de droit spécial, mais ceux-ci ont un domaine d'intervention tellement vaste qu'ils réduisent d'autant plus la sphère d'influence du droit commun.

Aujourd'hui, est-il bien raisonnable de refuser une meilleure protection aux parties relevant du droit de la distribution ? Un tel déni aurait en outre tendance à limiter le rayonnement du droit commun en le cloisonnant à des hypothèses d'intervention limitées.

B) Un droit commun moins novateur

787. **Un remaniement permanent du droit spécial.** L'évolution du droit commun et du droit spécial des contrats peut être analysée comme un phénomène d'influence réciproque effectuant un aller-retour permanent[960]. Chacun endosse son rôle respectif : le droit commun présente la vertu de la stabilité à la différence d'un droit spécial mouvant en constante évolution[961]. Pour ces raisons, le législateur ne touche le droit commun « que d'une main tremblante » à la différence du droit spécial qui est sans cesse remanié. C'est ainsi par exemple que l'article L.442-6 du Code de commerce, devenu article L.442-1, article phare du droit de la

[959] BUY (F.), « Responsabilité contractuelle et responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale : la Cour de cassation valide le cumul », Dalloz, 2018, p. 2396, l'auteur exprimait le souhait suivant avant la parution de la loi de ratification de l'ordonnance de 2016 : « *Nous ne connaissons pas la teneur du projet d'ordonnance à l'heure où nous écrivons, mais nous formons le vœu que cette dernière soit à la hauteur des enjeux que soulève l'application de l'article L. 442-6 dans le contentieux économique contemporain. La question de l'articulation entre le droit spécial et le droit commun, en particulier, ne peut plus être ignorée et il est à notre avis essentiel que le législateur réaffirme, dans le sillage de la Cour de cassation, le droit au cumul. Ce souhait vaut d'ailleurs aussi bien pour le 5° (ruptures brutales) que pour le 2° (déséquilibre significatif) du I de l'article L. 442-6. L'arrêt ne se prononce pas sur ce dernier cas mais les raisons qui justifient la solution y sont peut-être encore plus fortes : c'est que, si le législateur a souhaité élever le niveau de protection des contractants avec le droit spécial, il l'a aussi voulu avec le droit commun. Or on ne comprendrait pas que celui qui était hier surprotégé se trouve, aujourd'hui, moins bien loti que le vulgum pecus* »

[960] POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires ; Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p.925 et s. ; DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°272 « *Lors de la constitution des ensemble normatifs, la dialectique du droit commun et du droit spécial est celle d'une opposition. Le droit commun se construit contre le droit spécial et inversement. L'évolution de ces ensembles normatifs est en revanche guidée par une règle d'imitation réciproque. Le droit commun et le droit spécial aspirent à se ressembler* ».xf

[961] POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon,* Dalloz, 2003, p.930 « *Le premier (le droit spécial) semble porté par les besoins pressants mais mouvants de la pratique, tandis que le second s'efforce de poser des principes pour le long terme et d'offrir des points d'ancrage. C'est ainsi que le Code civil apparaît comme un îlot de stabilité (relative) dans le flot des réformes, qui affectent à intervalles de plus en plus rapprochés les courants du droit spécial ».*

concurrence contenant à la fois les notions de déséquilibre significatif, d'absence de contrepartie et de rupture brutale des relations contractuelles, a été remanié à dix reprises en moins de quinze années.

788. **L'influence du droit spécial sur le droit commun**. Le droit spécial sert souvent de « banc d'essai », ou de « terrain d'expérimentation » aux futures règles de droit commun[962]. Il permet de répondre à une problématique dans un domaine précis avant d'éventuellement la généraliser. Il présente l'avantage de faciliter l'introduction au sein de notre droit commun de nouveaux concepts puis d'en tracer des limites, les conditions de mises en œuvre et d'en évaluer les sanctions[963].

789. **Une généralisation des normes spéciales...** Le phénomène d'influence du droit spécial sur le droit commun n'est pas nouveau. A titre d'exemple, en matière de contrat de distribution, Denis Mazeaud réclamait dès 2008 de généraliser au sein du droit des contrats la règle sanctionnant l'abus de dépendance issue du Code de commerce[964]. Le nouveau droit des contrats a donc souhaité élever au statut de normes communes des règles qui avaient au départ seulement vocation à régir une forme particulière de contrat[965].

790. **…source de rigidité.** Si l'influence des contrats de distribution sur la réforme du droit commun des contrats ne fait pas de doute, il est difficile d'envisager sans une certaine perplexité un futur mouvement inversé. En effet, une subsidiarité systématique enlèverait tout intérêt du nouveau droit commun des contrats pour les contrats de distribution. Ce qui fait la force du droit commun, c'est sa souplesse et son adaptabilité. La rigidité d'une telle articulation irait en conséquence à l'encontre la nature même du droit commun. Le professeur Goldie-Genicon énonçait très justement que « *Le droit commun est un des instruments privilégiés de correction des conséquences inopportunes auxquelles peut conduire la mise en œuvre mécanique d'une règle de droit spécial. Un des défauts majeurs des dispositions spéciales est la rigidité de leur*

[962] SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse, Bordeaux I, 1986, p.482 ; CADIET (L.), « Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in colloque *Le droit contemporain des contrats – Bilan et perspectives*, Economica, Travaux de recherches, 1987, p.7. et s.

[963] DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°260

[964] MAZEAUD (D.), « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », in Mélanges offerts à Paul Didier *Étude de droit privé,* Economica, 2008, p.325-352

[965] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.318 « *Le droit spécial sert en quelque sorte de « laboratoire d'expérimentation » juridique. Certaines règles, dont la valeur a été éprouvée à l'occasion d'un contrat particulier, sont jugées comme méritant de déployer plus largement leurs effets* ».

contenu »[966].

791. **Le risque d'un rayonnement moins important affectant le pouvoir d'innovation du droit commun**. Le risque pour le droit commun est qu'une telle allégeance au droit spécial lui porte préjudice dans son rayonnement et son statut de colonne vertébrale du droit des contrats. Si le droit commun n'intervient toujours qu'en creux, c'est-à-dire en l'absence de dispositions de droit spécial, il perdra forcément de l'intérêt pour les justiciables. Il rencontrera certainement moins de situations complexes pour lesquelles il aurait dû s'adapter et évoluer afin de garantir le cas échéant une protection au plus faible. Il y a dès lors des risques que la subsidiarité du droit commun provoque une perte d'innovation, le privant d'intervenir dans des secteurs où il aurait été peut-être le plus utile. Le droit commun finirait alors par ne plus être la « boussole » nécessaire du droit spécial[967].

792. **Un droit spécial conquérant**. Le droit commun a vocation à s'appliquer avec une grande généralité puisque telle est sa raison d'être. A l'inverse, ce qui a toujours justifié la primauté du droit spécial, c'est la restriction de son domaine d'application qui justifie qu'il soit le plus à même de répondre à des problématiques précises[968]. Cependant, le droit spécial est aujourd'hui de plus en plus conquérant et son champ d'application a tendance à s'accroitre. Le risque est donc que l'intervention du droit commun se réduise peu à peu à peau de chagrin et qu'il soit de plus en plus délaissé par les justiciables[969].

II.Le déséquilibre d'un droit spécial conquérant

793. **Un empiètement croissant sur le droit commun.** Si le droit commun des contrats pèche par timidité, le droit spécial continue d'être conquérant et ce même après la réforme du

[966] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.283

[967] CHAGNY (M.), « Question de méthodologie Droit commun et droit spéciaux », in colloque *Réforme du droit commun du contrat droit de de la distribution*, Revue Lamy droit des affaires, 2016, n°117, « *Il importe, pour finir, mais de façon essentielle, de souligner que le droit commun, par sa cohérence et son perfectionnement technique, peut et doit « service de modèle pour les autres disciplines juridiques », être une boussole pour le droit spécial* ».

[968] BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°88 « *L'enseignement peut tenir dans cette proposition simple : parce que les règles de droit commun ont un domaine d'application indéfini, celles-ci ont nécessairement vocation subsidiaire obligatoire* ».

[969] DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°316 « *L'exclusion du droit commun par le droit spécial ne peut se concevoir de manière absolue. Elle doit être relativisée en fonction des circonstances. Elle ne doit surtout pas aboutir à donner trop de sens aux silences du droit spécial et, ainsi, à méconnaitre l'universalisme du droit commun* ».

droit des contrats de 2016. Cela est particulièrement vrai dans le cas des contrats de distribution pour lesquels il est possible de prendre plusieurs exemples de l'empiétement croissant du droit spécial sur le nouveau droit commun que ce soit en matière de déséquilibre significatif (A) ou sur le terrain de la bonne foi (B).

A) En matière de déséquilibre significatif :

794. **Le champ d'application étendu de l'article L442-1, I, 2° du code de commerce.** Seulement trois années après la publication de la réforme du droit des contrats, l'ordonnance du 24 avril 2019 est venue accroitre largement la portée de l'article L442-1, I, 2° du code de commerce en étendant à la fois le champ d'application de l'article pour les personnes pouvant en bénéficier mais également dans l'étendant le contrôle du juge afin de prévenir le risque d'abus dès la conclusion initiale du contrat (il n'est plus nécessaire qu'il existe une antériorité dans les échanges entre les parties caractérisant une relation établie)[970].
Cette extension va à l'encontre de la logique du droit spécial dont le domaine doit normalement être strictement délimité. Il s'agit de la raison d'être de l'adage *specialia generalibus derogant* qui fait primer le droit spécial, parce qu'il n'a justement vocation à s'appliquer que dans son strict domaine d'intervention.

795. **Une application exclusive du droit spécial.** A cette extension vient s'ajouter l'arrêt rendu le 26 janvier 2022 par la Cour de cassation qui affirme que l'article 1171 du Code civil doit être écarté chaque fois que l'article L442-6, I, 2° du Code de commerce peut être appliqué.

796. **Une réduction du domaine du droit commun.** En matière de déséquilibre significatif, l'on assista ainsi à un double mouvement, entre une extension de l'applicabilité du texte de droit spécial et un refus pour le droit commun de venir empiéter sur celui-ci, qui entraîne une forte réduction du domaine du droit commun. Le droit commun se retrouve presque ostracisé sur la question du déséquilibre significatif. Ce droit qui avait vocation à s'appliquer à tous risque finalement de n'être appliqué qu'à quelques-uns, non protégés par le déséquilibre de droit spécial.

[970] V. supra n°257

B) En matière de bonne foi :

797. **La création d'une nouvelle sanction de droit spécial.** Les relations commerciales entre fournisseur et distributeur sont encadrées par la loi et, chaque année, un nouvel accord commercial doit être signé avant la date butoir du 1er mars. L'article L441-4 du Code de commerce a été modifié par la loi du 30 mars 2023 dite EGALIM 3 pour insérer une obligation de négocier la convention « de bonne foi ». Loin d'être un simple rappel de l'article 1104 du Code civil, le Code de commerce a assorti cette obligation d'une nouvelle pratique restrictive de concurrence pouvant être invoquée en cas de non-respect de cette exigence[971].

798. **Le dépassement de la simple règle morale de droit commun.** Si le phénomène du « doublonnement » du droit commun au sein du droit spécial est connu, les modifications apportées en droit de la concurrence par la loi EGALIM 3 ne se contentent pas d'une simple duplication des textes. En effet, la loi spéciale est allée plus loin en créant une sanction spécifique. Le droit spécial s'approprie ainsi une notion propre au droit commun. La bonne foi est habituellement considérée comme une simple règle morale : une règle de bonne conduite que les parties doivent respecter durant les différentes phases du contrat. Coexistent ainsi deux modèles peu conciliables de la notion de bonne foi. D'un côté, celle du droit commun qui, après avoir connu une lecture extensive avec les arrêts Huard et Chevassuss marche, a retrouvé ces dernières années une place plus classique de « guide de bonne conduite » pour les parties, plus que celui d'une réelle obligation imposée à celles-ci[972]. De l'autre côté, la notion de bonne foi au sein du droit spécial évolue et intègre des sanctions relatives aux pratiques restrictives de concurrence sans que le cadre de son champ d'action ne soit particulièrement défini et sans que la portée de cette nouvelle pratique ne soit encore certaine.

799. **Un désintérêt du législateur pour l'articulation droit commun / droit spécial préjudiciable au droit commun.** En ne s'emparant pas ou trop peu de la question de l'articulation, le législateur n'avait certainement pas anticipé que les juges opteraient pour une subsidiarité systématique du droit commun face au droit spécial. L'application pérenne d'une règle aussi stricte induirait une réduction de la sphère d'influence du droit commun des contrats,

[971] V. supra n°499 et s.

[972] FABRE-MAGNAN (M.), « Réforme du droit des contrats : un très bon projet », La Semaine Juridique, éd Général, 2008, Doctr. 199. « *La bonne foi n'est pas une obligation au sens d'une prestation que l'une des parties devrait à l'autre et qui s'épuiserait dans son accomplissement ; il s'agit plutôt d'une exigence générale entre les parties qui imprègne toutes leurs relations* ».

qui se contenterait de devenir le « bouche-trou » du droit spécial[973]. En ne traitant pas la question centrale de l'articulation, le législateur risque de faire du droit commun le vassal du droit spécial, alors même que l'un des objectifs de la réforme était de lui redonner ses lettres de noblesse.

Section 2 : La possible résolution du conflit entre droit commun et droit spécial entre les mains du législateur

800. **Présentation.** Il est à craindre que la décision de la Cour de cassation du 26 janvier 2022 en matière de déséquilibre significatif ne devienne une référence pour les décisions futures, orientant les juges vers une subsidiarité systématique du droit commun dans l'articulation des normes. Cette prise de position serait critiquable et nuirait tant à la position du droit commun au sein de notre droit qu'à l'objectif de protection des justiciables. Faut-il alors se contenter d'attendre un revirement de la part des juges ou faut-il au contraire que le législateur se saisisse de la question de l'articulation des normes ? En imaginant que la seconde possibilité soit retenue, nous nous demanderons s'il n'est finalement pas plus intéressant d'organiser l'articulation entre le droit commun et le droit spécial sur le terrain du droit spécial. (Paragraphe 1). Cependant, pour que cette organisation soit pleinement efficace, il est indispensable d'assurer, en parallèle, une meilleure accessibilité des contrats de distribution pour les justiciables (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une possible résolution du conflit par une meilleure articulation du droit entourant les contrats de distribution par le biais du droit spécial

801. **Le constat d'un échec sur le terrain du droit commun et la recherche d'une solution sur le terrain du droit spécial.** Le droit commun des contrats n'a jusqu'alors pas pu comporter une véritable règle légale organisant son articulation avec les contrats spéciaux. Il est intéressant de s'interroger sur les circonstances de cet échec (I) pour mieux comprendre en quoi il

[973] GRUA (F.), « Le Code civil, code résiduel », RTD civ. 2005, p.253 « *Qu'est devenu le monument (le droit commun) cerné par la banlieue ? La réponse qu'on rencontre un peu partout est que le Code civil conserverait une autorité résiduelle, ce qui paraît signifier deux choses. D'une part, il s'effacerait devant les règles extérieures qui lui sont contraires. D'autre part, il aurait vocation à s'appliquer chaque fois qu'il y a pas de règle extérieure. Le Code serait donc devenu un droit privé de complément. Il serait réduit à al fonction de bouche-trous des textes spéciaux, même s'il en bouche encore beaucoup ».*

apparaitrait judicieux que le législateur envisage de fonder l'organisation de cette articulation sur le terrain du droit spécial (II.).

I. L'échec d'une articulation organisée par le législateur en droit commun des contrats

802. **L'absence de toute règle d'articulation issue de la réforme du droit des contrats.** L'absence au sein de la réforme du droit des contrats d'une véritable règle organisant de manière détaillée l'articulation entre droit commun et droit spécial des contrats est d'autant plus étonnante que le sujet n'est pas dépourvu de travaux doctrinaux en la matière. Cependant, sans que nous ne puissions affirmer qu'il les ait réellement consultés, le législateur a pris la décision de ne pas suivre les travaux proposés par la doctrine en matière d'articulation (A). En tout état de cause, il apparaît utile de s'interroger sur les raisons possibles de cette d'adoption d'une règle d'articulation au sein du droit commun (B).

A) La défection du législateur vis-à-vis de la doctrine existante en matière d'articulation

803. **Un constat unique.** Plusieurs auteurs de doctrine ont étudié cette question de l'articulation du droit commun et du droit spécial des contrats et ont toujours abouti à un constat identique : afin de garantir aux justiciables une meilleure prévisibilité juridique, il est nécessaire de mettre en place une règle organisant précisément l'articulation entre le droit commun et le droit spécial des contrats.

804. **Les différentes théories.** Il existe notamment trois thèses qui traitent de la question de cette articulation du droit commun et du droit spécial. Il est intéressant d'analyser plus en détail les solutions dégagées par les différents auteurs :

805. **Thèse du professeur Goldie Génicon.** Le professeur Goldie Genicon propose de mettre en place une règle de conflit inspirée d'une lecture stricte de l'adage *specialia generalibus derogant*. Selon cette règle, le principe doit être celui, pour le justiciable, d'une option ou d'un cumul entre les règles de droit commun et de droit spécial sauf à démontrer entre elles une antinomie, l'antinomie devant être définie comme l'incompatibilité entre les directives de deux normes partageant un objet commun[974].

[974] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.492 et s.

806. **Thèse du professeur Nicolas Balat.** Pour le professeur Nicolas Balat, puisque l'adage *specialia generalibus derogant* n'impose nullement l'obligation d'appliquer par primauté le texte spécial, il est toujours possible pour le juge de préférer laisser au justiciable une option entre le droit commun et le droit spécial[975]. La seule zone de trouble survient ainsi en cas de conflits entre deux règles incompatibles. Pour ce cas précis, l'auteur suggère l'édiction d'un texte qui consacrerait l'adage *specialia generalibus derogant* en faisant systématiquement primer la règle de droit spécial en présence d'un conflit. Il prévoit une seule dérogation : la possibilité pour législateur, et lui seulement, de déroger à cette règle par une disposition expresse.

807. **Thèse de Nicolas Delevogue**. Dans sa thèse, M. Delevogue envisage sa part deux types de collaboration :

Un premier type de collaboration dans lequel droit commun et droit spécial s'appliquent de manière simultanée, soit parce qu'ils ont entre eux une véritable complémentarité, soit parce que, rien de les oppose véritablement, quand bien même ils n'auraient pas été pensés pour se combiner. Dans cette seconde hypothèse, l'auteur envisage que les juges puissent faire primer une règle par rapport à l'autre. Cependant, il n'est pas favorable à la mise en place d'une « règle mécanique » qui déterminerait systématiquement le droit devant primer et préfère laisser une véritable appréciation des juges.

Un second type de collaboration dans lequel l'auteur envisage les cas dans lesquels le droit commun et le droit spécial entrent en opposition. Selon lui, il serait alors intéressant de reconnaître au juge un véritable droit d'option sur le droit applicable[976].

808. **La possibilité d'un cumul.** L'analyse de ces trois thèses étudiant les rapports entre droit commun et droit spécial fait ressortir une évidence : aucun des auteurs n'envisage une absence de cumul entre droit commun et droit spécial. Il est clair pour eux que la règle de l'adage *specialia generalibus derogant* ne doit jouer qu'en cas d'opposition entre la norme de droit commun et celle de droit spécial.

A cet égard, la réforme du droit commun aurait pu tendre vers la proposition du professeur Nicolas Balat si les juges n'avaient pas décidé, par leur interprétation de la loi, d'étendre le

[975] BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°172

[976] DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial,* Thèse, Université Panthéon-Assas, sous la direction du Professeur Nicolas Molfessis p.424

principe de subsidiarité du droit commun à l'ensemble des situations dans lesquels droit commun et droit spécial se rencontrent. Pour cet auteur, la seule raison qui peut justifier l'existence d'un tel texte, est pour traiter des cas de conflits entre droit commun et droit spécial.

809. **Une possibilité non exploitée.** Dans sa réforme du droit des contrats, le législateur ne s'est donc clairement pas appuyé sur les travaux existants en doctrine pour essayer d'améliorer l'articulation opérée entre droit commun et droit spécial des contrats.

B) Les possibles causes de l'absence d'articulation claire par le législateur

810. **Un besoin spécifique de protection en matière de contrats de distribution.** En souhaitant mettre en place une règle d'articulation au sein du Code civil, les auteurs évoqués précédemment édictent un principe marqué par une grande généralité et devant s'appliquer à l'ensemble des contrats. Pourtant, force est de constater que le besoin de protection n'est pas le même pour tous en fonction du contrat souscrit. Les contrats de distribution en sont une parfaite illustration, puisqu'il est connu, qu'au regard des forts déséquilibres inhérents à ces contrats, ils nécessitent une surveillance accrue et une protection renforcée en raison des forts déséquilibres qui les caractérisent. En effet, en dépit du fait que les contrats de distribution mettent en relation deux professionnels, ces derniers négocient rarement sur un pied d'égalité. Les disproportions de pouvoirs qui existent entre les parties peuvent être extrêmement importantes, notamment dans le secteur de la grande distribution. Cette logique est similaire à celle des contrats régis par le droit de la consommation ou le droit du travail.
Nicolas Balat rappelle d'ailleurs dans sa thèse que ce qui peut justifier de préférer l'option entre les droits à la primauté du droit spécial c'est « *probablement la volonté de faveur pour une partie qui pousse les pouvoirs publics à prévoir une option, moins fréquente, au lieu d'une simple primauté du droit spécial, censée plus neutre* »[977].
Il est dès lors possible d'émettre l'hypothèse qu'il est difficile d'édicter une règle générale prônant le cumul ou l'option du droit commun et du droit spécial alors même que l'utilité d'une protection renforcée garantie par la superposition des droits n'est pas la même pour tous les types de contrats.

811. **Le besoin de protection comme objectif fondamental.** Finalement, c'est bien le

[977] BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°802

besoin de protection que l'on souhaite accorder à la partie qui devrait être la seule boussole du choix offert au juge entre la primauté, le cumul et l'option. Au lieu du principe de subsidiarité automatique que semble avoir consacré la jurisprudence depuis la réforme du droit des contrats, il aurait été préférable que les juges fassent du cas par cas en énonçant clairement les cas dans lesquels le cumul est possible.

812. **Un exemple issu du droit de la responsabilité.** Il est possible d'observer ce type de mouvement en droit de la responsabilité civile. En effet, dans ce domaine, la jurisprudence précise clairement les cas dans lesquels la responsabilité de droit spécial et de droit commun se cumulent afin d'aboutir, quand cela est jugé nécessaire, à la meilleure réparation possible pour la victime. Ainsi, par exemple la loi Badinter relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation bien que d'ordre public, n'exclut pas l'indemnisation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle de droit commun[978].

813. **Une volonté d'éviter une articulation mécanique au profit d'une recherche au cas par cas d'une protection optimale.** S'il n'est possible que de faire des suppositions sur le sujet, il ne paraît pas impossible que le législateur ait sciemment décidé de ne pas mettre en place une règle d'articulation précise qui aurait figé le droit et aurait pu aboutir à une application « mécanique » d'une règle d'articulation entre les textes. Une fois encore, dans sa réforme du droit des contrats, le législateur a peut-être simplement accordé sa confiance aux juges en leur offrant la possibilité de poursuivre leur travail d'articulation, ainsi qu'ils le faisaient avant la réforme. Le législateur a peut-être jugé trop risqué de fixer dans le temps une règle d'articulation. De plus, sa place au cœur du Code civil, aurait fait d'elle un guide sur la façon dont les règles devaient s'articuler de manière uniforme dans tout type de contrats.
Il y a en revanche peu de chance que le législateur ait pu anticiper la lecture que les juges allaient donner à son article 1105 du Code civil[979].

---

[978] MAZEAUD (V.), « Accident de la circulation et droit commun de la responsabilité civile », Gazette du palais, n°17, p.9, 2024 au sujet de la confirmation du cumul : « *C'est là une approche bienvenue des relations entre droit commun et droit spécial, souvent houleuse en matière de responsabilité civile, qui paraît au demeurant au diapason du mouvement dessinée en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Elle mérite l'approbation et dénote avec la tendance à la neutralisation et l'affaiblissement du droit commun qui se manifeste ailleurs, l'adage specialia generalibus derogant faisant l'objet d'un maniement jurisprudentiel hasardeux* ».

[979] Afin de nuancer cette affirmation, il faut rappeler que Lors de la discussion de la loi de ratification, les parlementaires ont exprimé leur volonté que L. 442-1 et L. 212-1 écartent 1171.
Ils n'ont pas adopté l'amendement qui prévoyait de l'indiquer en soulignant que 1105 prévoyait déjà la solution et en indiquant que les juges pourraient toujours se référer aux débats parlementaires. Cependant, cette anticipation en matière d'articulation des textes n'existe qu'en matière de déséquilibre significatif. Il a de plus

814. **La solution d'une consécration d'une règle d'articulation en droit spécial ?** Le législateur n'a pas mis en place une règle d'articulation générale organisant les rapports entre droit commun et droit spécial au sein du Code civil. En revanche, il pourrait s'avérer judicieux que cette articulation intervienne par le biais du droit spécial. Cela aurait le mérite d'initier des nuances dans les méthodes d'articulation des juges et de protéger davantage les droits spéciaux qui en ont le plus besoin. Ainsi le droit de la distribution pourrait-il bénéficier d'une articulation favorable au cumul afin de permettre aux juges de mieux protéger la partie faible au contrat.

II. Une possible articulation garantie par le législateur en droit spécial des contrats de la distribution

815. **Une règle d'articulation au sein du droit spécial.** Afin de redonner davantage de cohésion à la relation entre le droit commun et le droit spécial, il nous apparaît que la solution la plus efficace consisterait à ce que chaque droit spécial organise sa propre règle d'articulation (A.). Cela serait d'autant plus utile pour les contrats de distribution qui sont marqués par un besoin particulier de protection (B.).

A) Les arguments encourageant une articulation organisée par le législateur par le biais de chaque droit spécial

816. **Un retour en arrière peu probable.** Le droit commun des contrats n'a pas été saisi de la question de l'articulation en droit commun et droit spécial. Une fois l'ordonnance promulguée et ratifiée, il paraît peu probable que le droit commun soit de nouveau modifié pour ajouter un texte relatif à son articulation avec le droit spécial. Il est de la nature du droit commun d'être pour les parties un gage de stabilité et il serait contraire à l'esprit de ce droit que de le réformer ou le compléter dans un espace de temps si court. Dès lors, il difficile d'imaginer que l'avenir de la question de l'articulation entre les droits puisse emprunter un tel chemin.
Julie Bukulin, dans sa récente thèse rendue sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial des contrats proposait d'ailleurs une réécriture de l'article 1105 alinéa 3 du Code civil. Si notre étude partage sa critique des imperfections de l'article, sa réécriture n'apparaît pas

était rappelé au sein de notre démonstration, qu'il ne relevait pas de l'évidence que les juges suivraient forcément la volonté exprimée au sein des travaux parlementaires V. supra. n°511

forcément être ni la solution la plus adaptée ni la plus probable[980].

817. **Le projet de réforme.** Une autre hypothèse pourrait en revanche de prime abord paraître beaucoup plus crédible pour permettre au législateur d'édicter une règle d'articulation : celle d'une articulation organisée par le biais du droit des contrats spéciaux. Actuellement, un vaste projet de réforme du droit des contrats spéciaux est en cours d'élaboration. A l'instar de ce que l'ordonnance de 2016 a modifié en droit commun des contrats, l'objectif de cette réforme est de poursuivre la rénovation du Code civil en clarifiant, simplifiant et modernisant ce pan du droit des contrats. Il s'agit à la fois d'adapter le droit des contrats spéciaux aux innovations consacrées par la réforme du droit commun des contrats, mais aussi de prendre en compte et consacrer certaines évolutions jurisprudentielles[981]. Afin d'assurer cette révision du droit spécial des contrats, un groupe de travail présidé par le professeur Philippe Stoffel-Munck a remis le 11 avril 2024 un rapport au garde des Sceaux.

818. **L'importance de la question de l'articulation pour le droit spécial.** La question de l'articulation entre les normes redevient forcément un enjeu de premier plan et cela à double titre : il s'agit ici non seulement d'assurer une articulation des textes entre les contrats spéciaux et le droit commun des contrats mais également à veiller à une articulation entre le droit spécial et les législations encore plus spéciales encore existant au-delà du Code civil[982].

819. **L'adage *specialia generalibus derogant* comme unique solution.** Cependant, une fois de plus, la lecture de l'avant-projet déposé au garde des Sceaux montre que le législateur ne prend aucune initiative particulière relative à la question de l'articulation des textes. L'idée générale qui anime les rédacteurs est de s'en remettre une fois encore à la maxime *specialia generalibus derogant* à l'article 1105 du Code civil. Et si certains textes, par exemple l'article 1165 du Code civil en matière de fixation du prix, organisent en leur sein une articulation avec les normes de droit commun, ils le font en respectant la logique de l'adage[983].

---

[980] BUKULIN (J.), *L'articulation du droit commun et du droit spécial des contrats. Essai sur le concept « d'influence réciproque »,* Thèse, Université Grenoble Alpes, 2022, n°758 et s.

[981] STOFFEL-MUNCK (P.), *Avant-projet de réforme du Droit des contrats spéciaux*, juillet 2022

[982] LEVENEUR (L.), « Réforme du droit des contrats spéciaux – Propos conclusifs », Contrats Concurrence Consommation, n°1, 2024, dossier 7

[983] MATHEY (N.), « Les règles communes à l'ensemble des contrats spéciaux », Contrats Concurrence Consommation, n°12, 2023, dossier 10 ; STOFFEL-MUNCK (P.), *Avant-projet de réforme du Droit des contrats spéciaux*, juillet 2022 au sujet de l'article 1760 des contrats spéciaux : « l*e texte se propose de revenir sur la faculté de détermination unilatérale du prix issue de l'article 1165 du Code civil, en la supprimant au profit d'une fixation judiciaire conformément à la jurisprudence antérieure à 2016. La réforme des contrats spéciaux pourrait*

820. **Les difficultés.** Ainsi, les auteurs considèrent, sans doute à tort si l'on s'en tient à notre étude, que les difficultés d'articulation seront résolues par les outils déjà en place[984]. Or, nous avons établi à partir du prisme des contrats de distribution que l'articulation opérée actuellement par les juges entre droit commun et droit spécial n'apportait pas réellement satisfaction. Dès lors, il est difficile de croire que ces difficultés ne ressurgiront pas de la même manière pour les autres contrats spéciaux.

821. **Le faible impact de la réforme sur les contrats de distribution.** Au-delà de la seule question de l'articulation, il est également possible de constater que peu de dispositions de la réforme du droit des contrats spéciaux auront un réel impact sur les contrats de distribution[985]. Le projet ne tend pas à intégrer les textes spéciaux au sein du Code civil mais au contraire à proposer un corps intermédiaire cohérent de règles, qui représenterait « *une strate intermédiaire* »[986] entre droit commun et le droit de la distribution ou d'autres droits spéciaux. Pour cette raison, la question de la réforme des contrats spéciaux ne sera pas davantage évoquée au-delà du regret d'avoir délaissé une fois encore, la question de l'articulation.

822. **Le terrain peu probable du Code civil.** Au-delà du superficiel article 1105, le Code

---

être l'occasion d'abroger ce texte vivement controversé. Il peut aussi subsister mais la règle énoncée au titre du contrat d'entreprise l'emportera sur lui par application de l'article 1105. Il reviendra alors à l'imagination des juristes d'identifier l'espace que le contrat d'entreprise laisse au contrat de prestation de services pour faire apparaître quel domaine d'application résiduel conserve l'article 1165 ».

[984] HOUTCIEFF (D.), « Quelle réforme pour les contrats spéciaux ? Quelle réforme pour le contrat d'entreprise ? » Contrats Concurrence Consommation, n°1, 2024, dossier 4 « *Les dispositions consacrées par l'avant-projet de l'Association Capitant au contrat de transport ou au courtage bornent d'ailleurs largement à renvoyer au droit spécial : l'article 1105 du Code civil paraît suffire à pareille fonction.* » ; LOIR (R.), « La réforme, le droit de la consommation et le droit de la distribution », Revue des contrats, 2022, p.139, « *Mais même si la réforme ne prévoit pas expressément le jeu de la loi contraire, elle ne devrait pas remettre en cause les règles opposées du droit de la distribution ou de la consommation : la plupart des conflits pourront se résoudre par l'application de la règle specialia generalibus derogant* ». ; KLEIN (J.), PIMONT (S.), « La réforme du droit des contrats spéciaux – Entretien par Philippe Stoffel-Munck professeur de droit privé à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), avocat », au sujet de la difficulté d'articulation entre la notion de contrat d'entreprise et de prestation de service : « *La règle nouvelle, dont il y a peu d'exemples d'application est considérée comme peu heureuse. Face à ce constat, nous avons utilisé les marges de liberté que la logique de l'article 1105 du Code civil nous ouvrait ici* ».

[985] LOIR (R.), « La réforme, le droit de la consommation et le droit de la distribution », Revue des contrats, 2022, p.139, « *Au final, peu de textes nouveaux auront une incidence particulière en droit de la distribution. Il n'est nullement question dans l'avant-projet, pas plus que dans les textes proposés par l'association Capitant, de fournisseur ou de distributeur, de réseau ou d'exclusivité territoriale, de clause d'approvisionnement exclusif ou de non-réaffiliation. On ne trouvera nulle trace de la franchise, de la concession ou de la distribution sélective : au-delà des textes applicables à toutes les ventes, mandats ou contrat d'entreprise, la réforme n'envisage pas de dispositions spécifiques aux contrats distribution* ».

[986] LOIR (R.), « La réforme, le droit de la consommation et le droit de la distribution », Revue des contrats, 2022, p.139,

civil n'a dès lors que peu de chance d'être le berceau d'une future règlementation sur l'articulation entre les différents droits, que ce soit sur le terrain du droit commun ou de celui des contrats spéciaux. Il est par conséquent souhaitable que la consécration de cette règle, si elle devrait voir le jour, s'opère directement au sein de chaque droit spécial. Dans une telle configuration, le droit de la distribution, par le besoin de protection qui le caractérise, fait nécessairement partie des candidats privilégiés.

B) Vers une consécration au sein du droit spécial d'une règle d'articulation entre le droit commun et les contrats de distribution

823. **Proposition.** Les contrats de distribution sont souvent marqués par des déséquilibres et nécessitent un encadrement particulier. Le besoin de protection qui caractérise les parties aux contrats de distribution nous encourage à proposer une règle d'articulation inspirée du principe de faveur du droit du travail (1) et qui aurait vocation à articuler le droit applicable à ces contrats avec le droit commun issu de la réforme (2).

1) Une consécration inspirée du principe de faveur du droit du travail

824. **Le ressort de chaque droit spécial.** L'absence d'une règle générale de droit commun définissant clairement comment doivent s'articuler le droit commun et le droit spécial des contrats conduit à s'en remettre à la discrétion des juges. Il a été vu précédemment qu'il est peu probable qu'une telle loi organisatrice émane du Code civil.
Il n'est en revanche pas impossible que chaque droit spécial prenne en main sa propre gestion de l'articulation des règles pour aider les juges dans leur mission en leur confiant une véritable grille de lecture. Il est intéressant de se référer au cas du droit du travail qui a développé en son sein une forme un peu particulière de règle d'articulation des normes : le principe de faveur.

825. **Le modèle du principe de faveur.** La place du principe de faveur au sein du droit du travail est particulière puisqu'il s'agit d'un principe d'origine jurisprudentielle considéré comme fondamental en droit du travail « *selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir* application »[987]. Si pour certains ce principe serait « l'âme

[987] Cass.soc, 17 juillet 1996, n°95-41745

du droit du travail »[988], le Conseil constitutionnel refuse pour autant de lui accorder une valeur constitutionnelle[989].

826. **Le principe de faveur et l'adage *specialia generalibus derogant*.** Le principe bouleverse un peu la hiérarchie de normes de Kelsen en permettant à une norme de niveau inférieur d'être applicable à une partie si elle est plus avantageuse que la règle de niveau supérieur[990]. Le droit du travail possède ainsi en son sein une règle d'articulation originale entre les normes. Quelles interactions peuvent alors naître entre l'adage *specialia generalibus derogant* et le principe de faveur ? Quelle règle faudrait-il appliquer en présence de deux normes pour lesquelles les règles d'articulation rentreraient en conflit ? En effet, la règle spéciale peut potentiellement être moins favorable au salarié que la règle générale. Dans cette situation, il convient de déterminer la règle à appliquer, puisque le principe de spécialité imposerait de faire appel à la règle de droit spécial quand au contraire le principe de faveur ferait application de la règle générale.
Madame Léa Lucienne a posé cette question épineuse dans sa thèse *Specialia generalibus derogant*. Il en ressort que dans toutes les hypothèses pour lesquelles le principe de faveur et le principe de spécialité peuvent entrer en concurrence, c'est le premier qui aurait vocation à être appliqué par la Cour de cassation[991].

827. **Le principe de faveur et les contrats de distribution.** Le principe de faveur fait également écho aux contrats de distribution en ce qu'il vise exclusivement à protéger la partie réputée faible du contrat en n'étant invocable que pour le seul salarié à l'exclusion de l'employeur. En cela, il entre forcément en résonnance avec les contrats de distribution et leur besoin marqué de protection de la partie faible.

828. **Un principe à vocation générale.** Il est également intéressant de s'arrêter sur sa nature de « principe » qui semble auréoler de sa protection l'ensemble des relations entre un employeur et son salarié existant au travers de la matière.
Il convient tout de même de conserver une certaine objectivité et de ne pas idéaliser ce principe,

[988] CHARLARON (Y.), « L'application de la disposition la plus favorable », in *les transformations du droit du travail, Etudes offertes à LYON-CAEN (G.),* Dalloz, 1989, p .243
[989] Il faudra attendre des décisions deux décisions de 2003 et 2004 pour que le Conseil se prononce clairement sur l'absence de valeur constitutionnelle du principe : Cons.Const, 13 janvier 2003, DC n°2002-465 ; Cass.Const, 9 avril 2004, DC n°2002-465.
[990] AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, Dalloz, 37° éd, 2024/2025 p.92 et s.
[991] LUCIENNE (L.), Specialia generalibus derogant, thèse, éd mare & martin, 2023

puisque ces dernières années, de multiples atteintes lui ont été portées et son applicabilité ne relève pas toujours de l'évidence absolue[992].

Pour autant, pour reprendre les propos du professeur Rémy Libchaber, ce principe « *a au moins pour mérite d'exister* ». Il n'est certes pas parfait, puisqu'il ne sera pas toujours évident de déterminer entre deux normes, laquelle est la plus favorable, mais il est selon lui préférable « *quand on voit à quelle indécision le droit privé général est livré en cas de conflit de normes* »[993].

829. **Un principe inspirant.** L'étude du principe de faveur atteste d'une chose : une règle de droit spécial organisant l'articulation entre les normes au sein d'une branche du droit est possible et peut aboutir à des résultats convaincants. Dans cette optique, l'idée est de s'en inspirer pour consacrer une règle similaire pour les contrats de distribution.

2) La possible consécration d'une règle d'articulation des normes destinée aux contrats de distribution

830. **Explications.** Pour mieux comprendre la règle d'articulation que le législateur devrait selon nous mettre en place, il semble nécessaire dans un premier temps d'exposer les raisons de la nécessité de celle règle (a) avant de détailler la forme qu'elle pourrait revêtir (b).

a) Les raisons justifiant d'une telle consécration

831. **L'absence d'une règle générale claire.** Il est intéressant de s'interroger sur les raisons de la création d'une règle d'articulation spécifiques aux contrats de distribution. Le droit spécial est-il un terrain propice pour édicter une règle d'articulation des normes ? Cette règle d'articulation est-elle nécessaire ?

D'abord, la création d'une règle spécifique se justifie en conséquence de l'absence d'existence d'une règle légale générale d'articulation claire. Il a été démontré précédemment dans cette étude qu'une règle générale n'apparaissait pas forcément être la solution la plus adaptée à la résolution des conflits de normes et qu'il y avait peu de chances que le législateur donne naissance à une telle règle dans les années à venir (au moins dans le Code civil).

[992] LAULOM (S.), MERLEY (N.), « La fabrication du principe de faveur », Revue droit du travail, 2009, p.219
[993] LIBCHABER (R.), « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTD civ., 1997, p.792

Ensuite, sur la nécessité de cette règle, il n'y a rien qui force à munir les contrats de distribution d'un système d'articulation qui leur soit propre. Certains observateurs pourraient en effet arguer qu'aucun péril ne semble menacer les contrats de distribution et s'interroger sur la pertinence de vouloir changer un système qui a fonctionné jusqu'à présent.

832. **Un système d'articulation insuffisant.** Pourtant, bien que les contrats de distribution ne soient pas à proprement parler en danger, la question de l'articulation semble pour le moment trop souvent délaissée par notre droit. L'adage *specialia generalibus derogant* et l'article 1105 du Code civil n'apparaissent pas comme des solutions satisfaisantes. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer le cas de l'articulation en matière de déséquilibre significatif entre droit commun et droit spécial des contrats de distribution pour regretter le choix opéré par les juges d'une absence de cumul des dispositions. D'une manière plus générale, il est tout de même déroutant de constater que, pour l'heure, un justiciable puisse être mieux protégé[994] s'il relève du droit commun des contrats que s'il relève du droit spécial des contrats de distribution alors même qu'une des raisons d'être de la naissance de ce droit était un besoin de protection. Le droit commun a su s'inspirer et gommer quelques imperfections du droit relatif aux contrats de distribution et il est regrettable qu'il ne puisse être cumulativement invocable pour permettre de protéger au mieux la partie faible.

La mise en place d'une règle d'articulation au sein du droit de la distribution présente à la fois l'intérêt de mieux protéger la partie faible au contrat en organisant des possibilités de cumul ou l'option entre les dispositions, mais aussi d'assurer une meilleure prévisibilité juridique aux parties, leur permettant de déterminer les dispositions sur lesquelles elles pourront se fonder.

833. **Un objectif complexe de protection de la partie faible en droit de la distribution.** L'établissement de cette règle s'expliquerait également par la nature des contrats de distribution. En effet, tout comme le contrat de travail, le contrat de distribution est très souvent marqué par une volonté de protection de la partie faible. Tout le droit spécial de la distribution, notamment celui qui est né au sein des pratiques restrictives de concurrence a toujours eu pour objectif d'essayer de protéger la partie subissant un déséquilibre dans sa relation avec son cocontractant. Il est vrai cependant que le rapport de force entre les parties est beaucoup plus délicat à établir dans les contrats de distribution que dans le contrat de travail. En effet, le droit du travail fait toujours du salarié la partie qui nécessite une protection accrue. A l'inverse en

[994] V. n°331 et s ; 581 et s ; 743 et s.

droit de la distribution, le distributeur ne sera pas toujours la partie forte face au fournisseur. Si les raisons ne manquent pas pour encourage le législateur à consacrer en droit spécial une telle règle, il convient de s'interroger sur la forme que celle-ci devrait avoir pour être efficiente.

b) La potentielle forme que pourrait revêtir la règle d'articulation propre aux contrats de distribution

834. **Présentation.** L'analyse de la règle d'articulation propre aux contrats de distribution (α) permet de s'interroger sur son utilité (β).

α) L'analyse de la règle d'articulation

835. **Proposition.** La règle d'articulation pourrait revêtir la forme suivante : *« Dans tous les contrats de distribution, le droit spécial est applicable par le juge sous réserve de toute disposition de droit commun et dans la mesure où une partie faible peut être identifiée* ». Cette proposition serait contenue dans le Code de commerce au sein d'un livre consacré aux contrats de distribution[995].

836. **Découpage.** La proposition précédente doit être analysée en deux temps :

837. **1er temps « *Dans tous les contrats de distribution* »** : suggère que cette règle en tant que droit spécial est bien strictement délimitée au domaine des contrats de distribution. Évidemment, il conviendrait sans doute de proposer au sein d'un deuxième alinéa une définition des contrats de distribution.

838. **Définition du contrat de distribution.** La définition proposée serait la suivante : "*Un accord entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution et relatif aux conditions dans lesquelles sont revendus des biens ou commercialisés des services pour le compte propre de celui qui les propose à la clientèle finale*"[996]. Cette définition aurait vocation à exclure les accords de type agence commerciale, mandat, commission, etc. comme nous l'avons fait au sein de notre étude. L'idée est de reprendre la logique des relations verticales (les parties opèrent à différents

[995] V. infra n°849 et s.
[996] Définition inspirée du règlement UE n°2022/720 du 10 mai 2022

niveaux de la chaîne de production) qui sont souvent plus susceptibles qu'il existe des déséquilibres de pouvoir entre les parties.
Le fait que la règle précise qu'elle s'applique à « *tous les contrats* », suggère que les juges devront envisager assez largement la notion de contrats de distribution. L'idée est de permettre à de nombreuses formes de contrats de distribution de bénéficier de cette loi avec évidemment en premier lieu les contrats qui sont le plus marqués par les déséquilibres, tels que la franchise ou la concession.

839. **Justification de l'exclusion des accords horizontaux.** La définition retenue vise à restreindre le champ d'application de cette protection aux relations verticales et à exclure certains types de contrats, tels que les contrats d'agence commerciale, de mandat ou de commission. En effet, les parties à un accord horizontal, opérant au même niveau de la chaîne économique, disposent généralement d'une puissance économique et d'une autonomie décisionnelle comparables, réduisant ainsi la nécessité d'une protection spécifique. Par ailleurs, ces accords, en raison de leur nature, sont davantage susceptibles d'affecter le fonctionnement concurrentiel du marché, notamment en matière de restriction de concurrence, plutôt que de générer des déséquilibres entre les parties contractantes elles-mêmes.

840. **2nd temps « *le droit spécial est applicable par le juge sauf à faire état d'une disposition de droit commun plus favorable et sous réserve de pouvoir identifier une partie faible, du point de vue notamment des chiffres d'affaires respectifs des parties, de la dépendance de l'une par rapport à l'autre ou d'une asymétrie d'information particulièrement marquée* ».** Il s'agit du cœur de la proposition. L'idée est inspirée du principe de faveur de droit du travail, en essayant de privilégier systématiquement la solution la plus favorable à la partie faible. Le principe demeure par ailleurs fidèle à l'adage *specialia generalibus derogant* puisque, par défaut, il est bien rappelé que c'est le droit spécial qui doit être appliqué en présence d'un litige pour lequel droit commun et droit spécial sont invocables. En revanche, de manière dérogatoire, si le juge estime qu'une disposition de droit commun est plus favorable à la partie faible que la solution de droit spécial, alors celle-ci est applicable.

841. **Difficultés.** Cette proposition risques de rencontrer trois difficultés importantes.

842. **Pour définir la disposition la plus favorable**. Évidemment, tout comme pour le principe de faveur en droit du travail, il ne sera pas toujours évident pour les juges de déterminer

la disposition la plus favorable. En effet, une règle peut être parfois plus favorable qu'une autre sur certains aspects et au contraire moins avantageuses par d'autres côtés. Il suffit de prendre à titre d'exemple l'articulation entre l'article 1143 du Code civil sur l'abus de l'état de dépendance et l'article L420-2 du Code de commerce pour l'abus de dépendance économique. Le premier est plus largement invocable que le second, mais celui-ci est plus sévèrement sanctionné et peut bénéficier des pouvoirs du ministre de l'Economie.

843. **Pour déterminer la partie faible**. A l'inverse du code de travail où la partie faible est désignée d'office comme étant le salarié, il ne sera pas possible de procéder ainsi en droit de la distribution. En effet, dans les relations entre le distributeur et le fournisseur, la partie faible sera amenée à varier en fonction des acteurs en présence. Plutôt que de se baser que la qualité des parties : fournisseur ou distributeur, les juges devront s'appuyer sur un faisceau d'indices. Parmi les pistes à expliquer, il conviendra notamment de vérifier s'il existe entre les parties une dépendance économique (proportion du chiffre d'affaires réalisé avec le cocontractant), un déséquilibre de puissance (il peut s'agir à la fois de moyens financiers mais aussi d'un meilleur accès aux informations), si le contrat prévoit un fort degré de contrôle d'une partie sur l'autre (sur les prix, le territoire et les pratiques de vente) ou d'assujettissement (par exemple, les clauses d'exclusivité ou de non-concurrence aggravent souvent la dépendance du débiteur).

844. **Pour déterminer s'il s'agit d'une option ou d'un cumul**. Selon la règle de conflit que nous souhaitons édicter, si le droit commun des contrats est jugé plus favorable que le droit spécial, alors il sera applicable. Pour autant, cela veut-il dire que le droit commun évince automatiquement le droit spécial ? Rien n'est volontairement dit dans la lettre du texte à ce sujet. L'idée consiste à laisser une certaine marge de manœuvre aux juges. Un cumul systématique risquerait de parfois complexifier inutilement des situations et, à l'inverse, toujours imposer une option pourrait empêcher de garantir la meilleure protection possible. L'objectif est de leur permettre de faire de la protection de la partie faible l'unique boussole devant guider le choix des juges. Ceux-ci choisiront alors, selon le cas de figure, entre option et cumul.

β) Le bien-fondé d'une règle proche du principe de faveur

845. **Critiques.** Dans sa thèse, le professeur Goldie-Genicon s'était à juste titre interrogée sur l'opportunité d'une extension du principe de faveur au règlement des concours opposant

droit commun et droit spécial des contrats. Elle avait choisi de rejeter cette idée pour la raison qu'elle aboutirait à une instrumentalisation du droit commun des contrats. De plus, elle se montrait critique envers le principe de faveur qui pourrait parfois aboutir à des résultats excessifs notamment lorsque le déséquilibre entre les parties est mince[997].

846. **Nuances.** Si la critique que l'autre énonce est justifiée pour établir une règle générale d'articulation au sein du droit commun des contrats, elle est beaucoup moins pertinente pour ce qui concerne l'établissement d'une règle spécifique aux contrats de distribution. Tout d'abord, dans la règle proposée, contrairement au droit du travail pour lequel le salarié est systématiquement désigné comme partie faible, il n'est jamais imposé au juge de définir une partie faible au contrat. La locution « *dans la mesure où* » au sein de la règle de droit proposée vise à préciser que l'existence d'une partie faible n'est pas systématique. Si le juge estime que les parties ont des échanges relativement équilibrés et, dans cette hypothèse, le droit spécial continuera à s'appliquer.

On objectera qu'il ne sera jamais possible d'être totalement à l'abri d'un juge qui désignerait une partie faible dans un contrat en présence d'un déséquilibre pourtant infime. Cependant, là encore, la difficulté n'est pas la même pour une règle générale d'articulation au sein du droit commun que pour une règle spécifique aux contrats de distribution. En effet, il faut rappeler que les règles de droit commun qui peuvent entrer en concours avec les règles des contrats de distribution sont souvent assez proches. Elles n'apporteront donc souvent qu'un léger bénéfice à la partie définie comme « faible » mais permettront en revanche de répondre à un vrai besoin de protection propre aux contrats de distribution.

847. **Une protection accrue.** Un autre bénéfice de la règle d'articulation proposée réside dans le fait de permettre au droit commun de retrouver un intérêt pour les contrats de distribution. Aujourd'hui, l'application stricte de l'adage *specialia generalibus derogant* conduit à écarter des articles de droit commun parfois plus favorables que les articles de droit spécial[998]. Il est évident que si cette situation n'était pas amenée à changer, le législateur ferait d'ici quelques années de nouvelles modifications du droit des pratiques restrictives de concurrence pour, soit s'aligner sur la protection du droit commun, soit la dépasser. La règle proposée dans cette étude éviterait de devoir réformer une fois encore des articles de droit

[997] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.441 et s.
[998] V. supra n°331 et s ; 581 et s ; 743 et s.

spécial déjà maintes fois modifiés. Elle permettrait en outre de faire de manière plus régulière appel au droit commun dont l'objectif initial est de s'appliquer largement à tous les contrats. En l'état, l'articulation qui semble s'organiser entre droit commun et droit spécial risque de pousser le droit spécial à devoir s'adapter et devenir plus protecteur pour compenser l'absence de la protection du droit commun, ce qui aurait pour conséquence d'amoindrir l'influence du droit commun et son retentissement.

Paragraphe 2 : Une possible résolution du conflit par une meilleure accessibilité du droit entourant les contrats de distribution

848. **Une codification des dispositions protectrices des contrats de distribution.** L'adoption d'une règle d'articulation est selon nous un point indispensable pour que coexistent sereinement le droit commun et le droit spécial des contrats de distribution. Cependant, elle ne nous semble pas totalement suffisante pour véritablement résoudre le conflit entre les normes. Il est donc proposé d'assurer une meilleure accessibilité pour les justiciables aux dispositions protectrices relatives aux contrats de la distribution par le biais d'une codification (I.) sans que ne soient négligées les difficultés qu'une telle codification représenterait (II.)

I. Une meilleure accessibilité du droit de la distribution par la codification

849. **La création d'un livre au sein du code de commerce.** Les contrats de distribution sont marqués par le manque de clarté et d'accessibilité du droit qui les régit. Pour les juges, il n'est pas évident d'appréhender si les articles invoqués par les parties entre droit spécial et droit commun par les parties s'opposent ou se complètent et de déterminer la volonté véritable du législateur.
Une potentielle solution consisterait à créer un Livre au sein du Code de commerce intitulé « *Des règles applicables aux contrats de distribution* » dans lequel les principaux articles de Code de commerce et d'autres codes applicables aux contrats de distribution seraient recensés.

850. **Une compilation.** Il est vrai que la question de l'opportunité de la création d'un droit spécial entourant les contrats de distribution n'est pas nouvelle[999]. Il suffit pour cela d'observer

[999] THREARD (J.), « Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ? », RTD com. 1972, p.537

la multiplication des projets de lois qui s'étaient succédé dans les années 70[1000]. Cependant, l'analyse des propositions de loi montre que la volonté qui animait ces projets n'était pas similaire à ce que nous souhaiterions que le législateur mette en place.

En effet, les auteurs de ces propositions de lois espéraient que le législateur définirait et encadrerait certains contrats de distribution (bien souvent le contrat de franchise et de concession) afin d'apporter une protection spéciale complémentaire aux distributeurs.

Dans notre proposition, il ne s'agit pas de légiférer pour élaborer une forme de théorie générale des contrats de distribution. En effet, l'immense diversité des formes contractuelles susceptibles d'être convenues et l'enjeu économique majeur qu'elles représentent nous invite à ne pas prendre le risque de venir textuellement figer ces contrats en perpétuelle évolution[1001].

En revanche, il apparaît judicieux de venir opérer un travail de « codification » ou de « compilation » des différentes dispositions qui s'appliquent à ces contrats en les regroupant et en les organisant davantage.

851. **Intérêt.** Cette compilation au sein du Code de commerce aurait pour principal intérêt d'opérer une « mise en ordre » du droit de la distribution[1002]. En effet, la complexité des notions et l'éclatement des textes au sein de plusieurs codes rend le droit de la distribution extrêmement opaque pour des non-spécialistes[1003]. D'une part il peut être difficile pour le justiciable de savoir quel article peut servir sa défense et, d'autre part à cet obstacle s'ajoute l'étroite similarité de certaines notions au sein à la fois du Code civil et du Code de commerce.

852. **Codification à droit constant.** Une telle codification, à droit constant, pourrait avoir pour premier article, sous forme de préambule la règle d'articulation que nous souhaiterions

[1000] Proposition de loi Glon et Couste, n°891, tendant à réglementer la situation juridique des franchisés et concessionnaires, déposée le 11 décembre 1973 à l'Assemblée Nationale, Proposition de loi Turco, n°979, tendance à définir la situation du commerçant-distributeur, déposée le 29 mai 1974 à l'Assemble Nationale, Proposition de la loi Lauriol et Ansquer, n°529 déposée le 28 juin 1978, à l'assemblée nationale tendant à définir un statut juridique du concessionnaire revendeur de produits de marque

[1001] FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 10e éd, LexisNexis, 2023, n°61, p.42 et s.

[1002] Il ne faut pas non plus exclure de profiter de l'occasion pour apporter à l'ensemble quelques améliorations GIORGIO MATTARELLA (B.), « La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine », RFDA, 1994, p.668 « *la simple activité de recensement des propositions normatives, en permettant de découvrir des défauts et des contradictions, est le préalable nécessaire à leur élimination, à laquelle visent les propositions de modifications* ».

[1003] LAMOUROUX (S.), « La codification ou la démocratisation du droit », revue française de droit constitutionnelle, 2001/3, p.801 et s. « *Le droit devient clair parce qu'à la place d'un droit éparpillé, on trouve un droit rassemblé matériellement dans un même texte ou plusieurs mais toujours selon un regroupement logique et systématique. La cohérence se manifeste ensuite par l'unité de style et de pensée dans la mesure où le code est organisé selon un plan logique et ordonnancé ».*

voir édictée. Cela permettrait à la fois d'aider le justiciable à être conscient des confrontations ou de la complémentarité d'articles issus du droit commun ou du droit spécial et d'avoir tout de suite en sa possession une clé de lecture permettant de les articuler.
Le principal objectif de cette codification serait d'améliorer l'accessibilité des contrats de distribution aux justiciables. Le projet risque cependant de se heurter à des difficultés.

II. Les difficultés d'une codification des contrats de distribution

853. **Des difficultés de deux ordres.** Il est assez évident qu'une codification des contrats de distribution permettrait de mettre en exergue les problématiques d'articulation entre les textes de droit commun et droit spécial. Cependant, plusieurs difficultés aussi bien formelles (A.) que substantielles (B.) apparaissent face à une telle proposition.

A) Des difficultés de mise en forme de la codification des contrats de distribution

854. **Présentation.** La grande diversité des formes et des problématiques que peuvent revêtir les contrats de distribution va nécessiter de regrouper à la fois des articles présents au sein du Code civil, Codes de commerce, Code de la propriété intellectuelle, Code de la consommation ou encore. Il conviendra de réussir à rassembler, numéroter et classer d'une manière logique les différents articles. Les plus grosses difficultés se concentrent sans doute sur la forme que doit prendre cette compilation concernant les articles issus du Code de commerce (1) et ceux issus des nouvelles dispositions Code civil (2).

1) Du point de vue de la forme des articles issus du Code de commerce

855. **Un déplacement d'articles au sein du nouveau livre.** La proposition consiste à consacrer au sein du Code de commerce un livre propre aux contrats de distribution. Il s'agit d'un choix logique puisque ce Code concentre déjà la majorité des articles propres aux contrats de distribution. Le déplacement de certains articles ne présente pas de difficultés particulières comme par exemple le déplacement des articles contenus au sein du titre III et du titre IV du livre III, qui sont déjà par essence naturellement liés aux contrats de distribution.
En revanche le déplacement des articles relatifs aux pratiques restrictives de concurrence nécessitera d'en redéfinir les contours. En effet, le basculement des dispositions des pratiques restrictives de concurrence et de la transparence tarifaire dans un livre sur les contrats de

distribution aura pour conséquence première de limiter le champ d'application de ces règles aux seuls contrats de distribution. Cette limitation ne va pas à l'encontre de la logique des textes qui ont à l'origine largement été pensés pour régir les contrats de distribution[1004]. Ce n'est que par la suite que les pratiques restrictives de concurrence ont été un peu détournées de leur vocation. De fait elles ont été étendues à des situations ne méritant pas nécessairement des règles aussi contraignantes.

856. **Exemple.** S'agissant de l'article L442-1 du Code de commerce qui traite à la fois du déséquilibre significatif et de la rupture brutale du contrat. Si l'article est supprimé des pratiques restrictives de concurrence, il sera nécessaire de revoir totalement son champ d'application. Le déséquilibre significatif avait par exemple jusqu'à la loi Egalim de 2018, vu son le champ d'application limité à la nécessité de l'existence d'un « partenariat commercial » de l'autre partie. Cette notion était interprétée restrictivement par la jurisprudence. Le déséquilibre significatif ne pouvait dès lors s'appliquer qu'aux relations qui s'inscrivaient dans la durée[1005]. Revenir à une telle conception pourrait par exemple être judicieux. Ainsi le droit spécial serait-il davantage restreint dans son champ d'application et laisserait plus de place au droit commun des contrats.
Cette même interrogation surgit pour savoir la forme que devraient revêtir les articles issus du Code civil.

2) Du point de vue de la forme des articles issues du Code civil

857. **La nécessité d'un doublonnement.** Pour les articles du Code civil issus du nouveau droit commun des contrats, la question de leur doublonnement au sein du Code de commerce s'imposerait également. L'idée de faire référence à ces articles au sein du Code de commerce apparaît même indispensable. Elle permettrait de souligner les similarités qui existent entre certains textes afin d'aboutir inévitablement à la question de leur articulation. Ainsi tous les articles du Code de commerce trouvant leur équivalent au sein du Code civil devrait posséder un rappel de l'existence de cet article. Il est possible de citer notamment :

[1004] CHAGNY (M.), « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », Revue des contrats, 2004, p.861 ; CHAGNY (M) « Propos introductifs », in Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence, Revue Lamy Droit des affaires, 2013, suppl. au n° 83. L'auteur rappelle ainsi que les pratiques restrictives « *ont été conçues en considération des relations de distribution* », spéc. n° 4.
[1005] PICOD (Y.), « Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L.442-1 du Code de commerce », AJ contrat, 2019, p.201

En matière d'information précontractuelle : L'article L.330-3 du Code de commerce devrait rappeler aux justiciables l'existence de l'article 1112-1 du Code civil.
En matière d'indivisibilité : L'article L341-1 du Code de commerce ferait référence à l'article 1186 du Code civil.
En matière d'absence de contrepartie : l'article L442-1, I. 1° du Code de commerce ferait référence à l'article 1169 du Code civil.
En matière de déséquilibre significatif : l'article L442-1, I, 2° du Code de commerce ferait référence à l'article 1171 du Code civil.
En matière de rupture brutale : l'article L442-1, II, du Code de commerce ferait référence aux articles 1210 et 1211 du Code civil.
En matière d'abus de dépendance économique : l'article L420-2 du Code de commerce ferait référence à l'article 1143 du Code civil.
En matière de révision pour imprévision : l'article L441-8 du Code de commerce ferait référence à l'article 1195 du Code civil.

858. **Deux options.** Il existe tout d'abord la possibilité de dupliquer totalement le texte du Code civil au sein du Code de commerce. Cette pratique qui consiste à dupliquer un article du Code civil au sein du droit spécial ne serait pas chose nouvelle puisqu'elle a déjà été opérée au sein de nombreux codes. Il s'agit de la technique du Code dit « *pilote* » et du Code dit « *suiveur* ». Cette technique consiste pour un texte à, renvoyer à un autre texte en le dupliquant. Si les textes proviennent d'un autre Code (pilote) que celui à l'intérieur duquel ils sont cités, ils sont effectivement reproduits au sein de l'autre Code (suiveur). Cette pratique présente le risque de donner aux usagers des textes une vision parcellaire du droit s'ils n'approfondissent pas leurs recherches au-delà des éléments qui leur ont été donnés. En effet, le fait de dupliquer un article peut laisser penser aux praticiens que tout est contenu au sein du texte de loi en faisant notamment abstraction de la jurisprudence existante[1006]. D'autre part, il n'est pas impossible d'exclure que « *l'insertion de certains textes, jusque-là autonomes, dans un plan d'ensemble en modifie la portée* »[1007]. Enfin, la prolifération de ce type de pratique consistant à l'actualisation future et la mise à jour des textes au sein de l'ensemble des codes rend cette

[1006] MOLFESSIS (N.), « Le Code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004. Le code civil. Un passé. Un présent*. *Un avenir,* Dalloz, 2004, p.332 ; STOFFE-MUNCK (Ph.), « Les résultats de la codification », Revue juridique de l'Océan Indien, 2004, p.127 et s.
[1007] LIENHARD (A.), RONDEY (C.), « Incidentes juridiques et pratiques des codifications à droit constant », Recueil Dalloz, 2000, p.521

tâche délicate[1008].

La seconde option consiste à procéder par renvoi. Ici contrairement au Code pilote et Code suiveur, le texte n'est pas intégralement cité au sein du nouveau code. Les justiciables sont donc obligés de se référer au Code initial s'ils souhaitent prendre connaissance du texte dont il est fait référence.

859. **Un renvoi à privilégier.** Au sein de notre étude, nous avons à de nombreuses reprises mis en avant l'idée de conserver un droit commun fort, composant l'ossature du droit des contrats. De ce point de vue, la pratique des doublons à tendance à au contraire à amoindrir la portée du droit commun. En effet, elle est analysée comme étant une volonté autonomiste du droit spécial, qui en dupliquant le texte détourne le justiciable du Code original[1009].

Pour ces raisons, il nous paraît plus judicieux d'opérer un simple renvoi aux textes du Code civil en lien avec les contrats de distribution, sans les dupliquer. L'idée sous-jacente est d'informer le justiciable et de le rendre responsable et attentif aux liens qui existent entre le droit commun et le droit spécial, sans qu'il ne soit nécessaire de tout citer. Il s'agit de reprendre l'idée de Nicolas Molfessis qui évoquait le renvoi comme un possible « *trait d'union entre les règles. Il favorise ainsi l'agencement des règles, servant à la distinction des principes et de leurs exceptions, du droit commun et du droit spécial, du droit substantiels et du droit régulateur* ». Selon lui, le renvoi va « *non seulement constituer un instrument de liaison, mais aussi, dans le même temps, un instrument d'information* »[1010].

B) Des obstacles substantiels à la codification des contrats de distribution

860. **Critiques de la codification à droit constant.** S'il est important d'être conscient des arguments qui pointent les défaut inhérents à toute codification à droit constant, ceux-ci doivent être tempérés.

En effet, bien que la vocation première de cette codification soit de faciliter la tâche des praticiens, elle est critiquée par ces derniers parce qu'elle perturbe leurs habitudes en venant

[1008] MOYSAN (H.), « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », Droit Administratif, n°4, 2002, chron. 7

[1009] GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p.123 et s. « *Les reprises inutiles de dispositions communes existantes contribuent à rapprocher certaines branches du droit de l'idéal recherché par les tenants de l'autonomie : les ériger en mondes clos, vivant en autarcie, sans le secours jugé inopportun du droit commun* ».

[1010] MOLFESSIS (N.), « Le renvoi d'un texte à un autre », Cahiers n°20 – RRJ – 2005

bouleverser des mécaniques de travail et d'utilisation de textes parfois longuement ancrés[1011]. La codification à droit constant nécessiterait également une maturité suffisante et une vision claire de la matière traitée[1012]. De plus il est vrai que ce type de codification « *ne permet aucunement de remédier aux incohérences éventuelles du droit existant* » et qu'elle « *demeure discutable puisqu'elle rejette hors de son domaine tout effort de réflexion, de définition ou d'innovation* »[1013]. Pourtant, tout comme le relevait le Conseiller d'Etat Yves Robineau, cette codification « *n'a jamais eu la prétention de résumer à elle seule l'ambition de simplifier et de clarifier le droit. Elle y contribue à sa manière en s'attaquant à l'un des symptômes de la complexité de l'édifice juridique, la prolifération de textes et l'opacité des rapports qu'ils entretiennent parfois entre eux* ». « *Que cette tâche soit délicate, nul n'en doute* »[1014].

861. **La nécessaire codification des contrats de distribution.** La nébuleuse de textes et le niveau d'opacité élevé des contrats de distribution justifie selon nous la nécessité de codifier et d'organiser cette codification autour d'une règle d'articulation.

La proposition de renvoi aux articles du Code civil, apparaît également nécessaire, bien que ce type de pratique puisse être critiqué. En effet, une vision idéale de la codification, repose sur une absence de doublonnement des textes afin qu'ils résident au sein d'un seul et unique code. Cependant, l'idée n'est pas de dupliquer l'entièreté du texte, ce qui permet d'éviter une inflation législative inutile, mais de procéder à un simple rappel. Cela, semble davantage pertinent. La pratique des codes suiveurs et code pilote est de plus en plus décriée. Elle se justifiait à une certaine époque en raison de la vision « papier » des Codes et du besoin d'accessibilité des justiciables aux textes. De nos jours, à l'heure du numérique et maintenant qu'internet (et par la même occasion les différents codes), est devenu un produit du quotidien presque accessible à tous, il apparaît peu utile de rappeler le contenu de la disposition concernée par le renvoi[1015].Ne pas dupliquer le texte force également le justiciable à retrouver la disposition citée au sein de son Code d'origine. Pour reprendre les mots de Monsieur Lionel Miniato : « *le simple renvoi, d'apparence plus modeste dans ses ambitions* (en comparaison avec la technique du code suiveur) *concernant l'accessibilité des textes, a finalement le mérite d'être un instrument*

[1011] LIENHARD (A.), RONDEY (C.), « Incidentes juridiques et pratiques des codifications à droit constant », Recueil Dalloz, 2000, p.521

[1012] TERRE (F.), OUTIN-ADAM (A.), « Codifier est un art difficile (à propos d'un… « code de commerce »), Dalloz, 1994, p.99

[1013] BUREAU (D.), « Remarques sur la codification du droit de la consommation », Dalloz, 1994, p.291

[1014] ROBINEAU (Y.), « A propos des limites d'une codification à droit constant », AJDA, 1997, 655

[1015] MOYSAN (H.), « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », Droit Administratif, n°4, 2002, chron. 7 ; MOLFESSIS (N.), « Le renvoi d'un texte à un autre », Cahiers n°20 – RRJ – 2005

d'information et de liaison entre les codes, qui apparait, de ce point de vue, plus performant, car insusceptible de provoquer les mêmes complications »[1016].

[1016] MINIATO (L.), « Les inconvénients de la technique du code pilote et du code suiveur », Recueil Dalloz, 2004, p.1416

CONCLUSION CHAPITRE 2

862. **La question de l'articulation insuffisamment traitée par la réforme du droit commun des contrats.** Pour que le droit commun retrouve une véritable pertinence pour les justiciables, il est nécessaire que le législateur se saisisse de la question de son l'articulation avec les droits spéciaux. Malheureusement, il n'a pas profité de la réforme du droit commun des contrats pour appréhender de manière exhaustive cette problématique. En effet, avant même la réforme du Code civil, la doctrine avait déjà pointé du doigt les insuffisances de l'adage *specialia generalibus derogant*[1017]. Par ailleurs, la rédaction laconique de l'article 1105 Code civil risque malheureusement d'apporter plus de problèmes qu'elle n'en résout.

863. **L'insatisfaisante solution d'une nouvelle retouche du droit commun.** Cependant, pour résoudre cette problématique, une retouche du droit commun ne parait pas souhaitable car sans doute trop précoce. Il ne faut pas oublier l'idée de permanence que ce droit doit incarner. A cela s'ajoute une autre difficulté, celle de réussir à édicter une règle d'articulation générale s'appliquant de manière uniforme entre tous les droits spéciaux alors même que les besoins de protection peuvent varier d'une catégorie de contrat à l'autre. De plus, la réforme du droit des contrats spéciaux à venir ne semble pas non plus être une piste puisqu'elle délaisse pour le moment la question de l'articulation des normes.

864. **L'idée d'une appréhension de l'articulation par chaque branche de droit spécial.** Il est possible d'imaginer que chaque droit spécial se saisisse directement de la question de l'articulation des règles qu'il organise vis-à-vis du droit commun. Le droit du travail peut être pris pour exemple puisque la règle du principe de faveur qui l'irrigue s'apparente à une forme de règle d'articulation.

Le droit spécial de la distribution pourrait ainsi comporter sa propre règle d'articulation. Cette règle aurait pour objectif de toujours favoriser la protection de la partie faible en permettant aux juges d'exploiter de manière optimale tous les instruments à leur disposition, qu'ils proviennent indifféremment du droit commun ou du droit spécial.

[1017] V. supra n°669 et s.

865. **La proposition d'une codification à droit constant.** Une proposition complémentaire consisterait à réimaginer la codification du Code de commerce en y intégrant un livre propre aux contrats de distribution afin de faciliter l'accès au droit qui leur est applicable. Ce livre compilerait l'ensemble des dispositions propres aux contrats de distribution via une réorganisation des articles du Code de commerce. Il procéderait à un simple renvoi aux textes du Code civil afin de souligner la proximité de certains textes, sans qu'il ne soit nécessaire de dupliquer le texte.

CONCLUSION TITRE II

866. **Un droit commun à revaloriser.** Comme les juges font une lecture littérale de l'adage *specialia generalibus derogant* et de l'article 1105 du Code civil, le droit commun risque d'être systématiquement relégué au second plan et de perdre de son influence. Un tel résultat serait regrettable alors même que la réforme du droit commun des contrats est intervenue après plus de deux siècles d'immobilisme, en partie pour rendre à ce droit de sa superbe pour qu'il soit plus attractif et plus en phase avec les réalités économiques de notre époque.

867. **Le rejet de prime abord d'un cumul du droit commun et du droit spécial.** Bien que les juges puissent toujours décider d'un revirement, la décision rendue en matière de déséquilibre significatif semble avoir donner le « la » des jurisprudences à venir en matière d'articulation en rejetant un possible cumul du droit commun et du droit spécial.

868. **La conséquence : un droit commun en perte de vitesse.** Alors même que les dispositions du nouveau droit des contrats, par la multiplication des standards juridiques et des instruments correcteurs des déséquilibres laissaient présager une forte immixtion du juge dans le contrat, en pratique, il n'en est rien pour le moment. En opérant de manière systématique une lecture littérale de l'adage *specialia generalibus derogant*, le droit commun est davantage placé comme un subalterne du droit spécial que comme un partenaire.

869. **La nécessaire intervention du législateur en droit spécial.** Pour que le droit commun retrouve une véritable pertinence pour les justiciables, il est nécessaire que le législateur se saisisse de la question de son articulation avec les normes spéciales et en particulier le droit de la distribution. Plutôt que de passer par le Code civil dont la généralité ne fait sans doute pas de lui le candidat le plus adapté, il serait possible d'envisager une règle de droit spécial propre aux contrats de distribution. De cette manière, le législateur assurerait sans doute la meilleure coexistence possible entre droit commun et droit spécial des contrats de distribution. Le juge, pour sa part, conserverait certaines marges de manœuvre mais aurait une feuille de route sur la position à tenir en cas de conflit de normes entre droit commun et droit spécial de la distribution.

870. **Une accessibilité du droit renforcée.** Il serait également judicieux d'apporter davantage d'accessibilité aux contractants en réorganisant le Code de commerce et en créant un titre propre aux contrats de distribution.

Cela permettrait de rendre l'ensemble des rapports entre droit commun et droit spéciaux plus intelligibles et accessibles même pour les non-professionnels du droit. Il est intéressant de rappeler que, dans son rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, le Président de la République estimait que l'« *objectif de justice contractuelle ne peut être atteint que si le droit applicable est lisible et accessible, et donc susceptible sans l'assistance d'une spécialiste* »[1018].

[1018] V. Rapport du Président de la République du 10 février 2016

CONCLUSION PARTIE 2

871. **Une réforme largement inspirée du droit spécial de la distribution.** Afin que notre droit civil s'adapte aux enjeux d'une économie mondialisée et se rapproche des autres droits européens, le législateur a estimé qu'il devait prendre appui sur des « *solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché* »[1019]. Pour assurer cette mission de rééquilibrage des contrats, la réforme va grandement puiser au sein du droit spécial de la distribution.

872. **La naissance de rivalités entre droit commun et droit spécial malgré un objectif commun.** Bien que les deux droits affichent tous deux l'objectif commun de protéger la partie faible, des rivalités vont s'installer. Les rivalités sont fortes par moment, lorsque les textes de droit commun et de droit spécial ne vont pas dans la même direction voire s'opposent frontalement, ou de manière plus relative, lorsqu'ils poursuivent la même finalité tout en conservant des différences.

873. **Un droit commun particulièrement protecteur de la partie faible.** Lors de son élaboration, le nouveau droit commun des contrats a fait naître l'espoir d'une meilleure protection de la partie faible. Cela est d'autant plus vrai qu'il affiche pour objectif de parvenir à un meilleur équilibre entre l'idée initiale de consensualisme qui animait l'ancien droit civil et la nécessité de protéger les plus faibles[1020].
Ainsi, par exemple, l'article 1112-1 du Code civil a fait naître de nombreux espoirs en doctrine de voir ce texte prendre le relais d'une loi Doubin dont l'aura protectrice est sur le déclin en matière de renforcement de la protection jouant en phase précontractuelle.

874. **Une marge de manœuvre importante finalement peu exploitée par les juges.** En réalité, les juges vont faire une utilisation très prudente des nouveaux outils et standards mis à leur disposition. Il peut être vu dans cet emploi restreint du nouveau droit commun par la

[1019] V. Rapport du Président de la République du 10 février 2016
[1020] V. Rapport du Président de la République du 10 février 2016. L'objectif est selon le Rapport du président « *non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles* »

jurisprudence, une volonté de faire taire les critiques d'une partie de la doctrine qui dénonçait un rôle excessif accordé aux juges par la réforme.

875. **Un délaissement de la question de l'articulation entre droit commun et droit spécial de la distribution.** L'articulation du droit commun et du droit spécial opérée par les juges s'inscrit dans cette mouvance. L'article 1105 du Code civil ne donnait que peu d'informations sur ses réelles intentions en matière d'articulation (il est même possible de douter qu'il en eut véritablement[1021]). Il revenait donc aux juges d'interpréter l'article 1105 du Code civil afin d'éclairer les justiciables dans la méthode d'articulation à opérer.
Malheureusement, dans ce même esprit d'autolimitation, les juges vont faire le choix d'une lecture restrictive de l'article 1105 du Code civil correspondant à une lecture stricte de l'adage *specialia generalibus derogant*.

876. **Des conséquences dommageables pour les justiciables.** Cette prise de position jurisprudentielle est regrettable puisqu'elle prive les justiciables d'un possible cumul des textes de droit commun et de droit spécial. Elle va même à l'encontre d'une logique intuitive, puisque selon les mots du doyen Carbonnier « *lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul* »[1022].
Cela est d'autant plus dommageable en matière de contrats de distribution où le besoin de protection est important.

877. **Des conséquences dommageables pour l'essence du droit commun.** Le droit commun se trouve également sanctionné par une telle prise de position puisqu'en présence d'un droit spécial son utilité se retrouve fortement remise en cause. Les juges semblent ainsi réduire le rôle du droit commun à son strict minimum en oubliant ce qu'il est capable d'apporter au droit spécial[1023]. Parallèlement il faut garder à l'esprit en parallèle que les droits spéciaux sont de plus en plus nombreux et conquérants, ce qui risque de fortement amoindrir le rôle et l'aura du droit commun.

[1021] Il est utile de rappeler que le projet d'ordonnance ne comportait aucun article relatif à l'articulation des textes. Il a fallu que la doctrine dénonce cette absence pour qu'il apporte un correctif.
[1022] CARBONNIER (J.), obs sur Civ. 1er, 19 juillet 1960, RTD civ. 1961, p. 332-333
[1023] GOLDIE-GENICON (Ch.), Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, thèse, LGDJ, 2009, n°240, l'auteure faisait ce constat de l'utilisation du droit commun avant la réforme du droit des contrats : « *La frange souple du droit commun est, on a pu le constater, fréquemment appliquée aux contrats spéciaux, soit pour corriger la rigidité des dispositions spéciales qui les régissent, soit pour façonner des obligations nouvelles à la charge des parties* ».

878. **Une coexistence du droit commun et du droit spécial comme nouvel objectif à fixer au législateur**. Dans de telles conditions, si la coexistence du droit commun et du droit spécial ne vient pas des juges, elle ne pourra intervenir que par le biais du législateur. Si le législateur ne s'est pas saisi de la question de l'articulation lors de la réforme du droit des contrats, il n'a a priori pas jugé opportun de le faire à l'occasion de la future réforme des contrats spéciaux.
Or, pour assurer une véritable complémentarité des droits, il nous semble d'une part indispensable de créer une règle de conflit propre aux contrats de distribution et, d'autre part, de permettre une meilleure accessibilité des règles régissant ces contrats en créant un livre dédié au sein du Code de commerce.

879. **Proposition.** La règle de conflit que nous proposons serait contenue au sein d'un livre dédié aux contrats de distribution. Inspirée par le principe de faveur issu du droit du travail, cette règle viserait à permettre au juge, en présence d'une partie économiquement ou juridiquement vulnérable dans un contrat de distribution, de retenir le législateur la plus favorable aux intérêts de ladite partie. Par ailleurs, l'élaboration d'un livre spécialement consacré aux contrats de distribution permettrait de compiler les règles protectrices s'appliquant à ces contrats. Une telle codification garantirait une meilleure lisibilité et accessibilité des protectrices, tant pour les justiciables que pour les praticiens du droit.
Par ce double levier les rapports du droit commun et droit spécial devraient ressortir renforcés et grandis.

CONCLUSION GENERALE

880. **Un droit commun réformé après plus de deux siècles.** L'ordonnance portant réforme du Code civil est venue modifier le droit commun des contrats, dont les dispositions n'avaient presque pas évolué depuis 1804. Ce Code civil repose sur des principes fondamentaux applicables à l'ensemble des contrats. Parmi eux se trouvent quelques principes fondateurs comme l'autonomie de la volonté, qui s'exprime à travers la liberté contractuelle, et le principe du consensualisme selon lequel la rencontre des volontés suffit à la formation du contrat.

881. **Un premier mouvement jurisprudentiel de déformation du droit commun.** La vocation générale du droit commun et le principe selon lequel le contrat est la chose des parties ne faisaient pas du droit commun antérieur à la réforme de 2016 un terrain privilégié pour réglementer les contrats de distribution, marqués par de profonds déséquilibres où, bien souvent, la partie forte imposait ses conditions à la partie faible.
En l'absence de réaction du législateur, les juges ont pris l'initiative de déformer le droit commun des contrats pour dégager des mécanismes de protection de la partie faible. Durant cette période, les juges ont fait une utilisation opportune de notions aux contours flous comme la bonne foi, l'objet, la cause ou encore l'abus.
Ces notions ont été parfois tellement instrumentalisées et détournées de leur fonction première qu'il est devenu nécessaire de s'interroger sur les limites de cette déformation.

882. **L'intervention du législateur par la voie du droit spécial.** Le législateur est finalement intervenu en s'appuyant sur le droit spécial pour créer des articles visant à mieux encadrer les contrats de distribution. Il s'est à la fois inspiré de la jurisprudence issue du mouvement de déformation du droit commun (indivisibilité, rupture abusive, contrepartie...) mais s'est également doté de nouveaux outils de contrôle qui lui sont exclusifs (renforcement des conditions générales de vente, déséquilibre significatif, transparence tarifaire, encouragement des parties à renégocier leur contrat…).

883. **L'évolution du droit induite par les liens entre droit commun et droit spécial.** Les relations entre droit commun et droit spécial, en raison de leur nature même, les ont fait évoluer mutuellement. La réforme du droit des contrats s'est ainsi inspirée non seulement des règles

prétoriennes développées au cours de la phase de déformation du droit commun, mais aussi des mécanismes de protection élaborés au titre du droit spécial. Celui-ci a ainsi pu servir de laboratoire[1024]pour le droit commun, lequel se réserve la faculté de généraliser les solutions jugées utiles.

884. **Une rivalité inévitable.** D'une manière logique, ce rapprochement du nouveau droit commun des contrats et du droit spécial des contrats de distribution a posé les bases d'une forme de rivalité. En effet, bien que tous deux visent la protection de la partie faible, chaque régime conserve sa philosophie propre et ses spécificités. Ainsi, en fonction des dissensions, cette rivalité peut être plus ou moins marquée.

885. **Les apports finalement limités des textes de droit commun.** L'examen des dispositions de droit commun face au droit spécial révèle qu'en dépit du fait que les textes de droit commun puissent parfois compléter le droit spécial ou même assurer une meilleure protection que ce dernier, leurs apports restent limités en pratique. Deux explications principales sont avancées pour justifier cette limitation.

886. **La prudence des juges quant au champ d'action du droit commun.** De nombreux auteurs ont critiqué le manque de précision de certains textes issus de la réforme[1025], notamment en ce qui concerne l'introduction de standards juridiques aux contours flous et à la grande plasticité[1026]. En confiant aux juges la mission de préciser les conditions d'invocabilité de ces textes, les tribunaux ont souvent instauré des exigences de mise en œuvre particulièrement strictes. Le nouveau droit commun semble parfois s'être calqué sur le droit spécial existant. C'est regrettable puisque le législateur de droit commun, en intégrant des notions presque équivalentes en son sein, aurait pu en profiter pour corriger les défauts du droit spécial et pour autoriser un recours plus facile aux instruments protecteurs. Finalement, les juges semblent faire une analogie entre les droits et imposent des conditions au moins aussi exigeantes.

[1024] V. supra n°187

[1025] STOFFEL-MUNCK « Réforme du droit des contrats : apports et incertitudes », Justice et Cassation, 2017, p.264 ; CONFINO (A.), « L'article 1195 nouveau du code civil et bail commercial : imprévision ou imprécision ? », AJDI, 2016, p.345 ;CHAGNY (M.), « LME, une loi de rupture », Bulletin de l'Ilec, 09/2018, n°393 ; RONTCHEVSKY « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », AJCA, 2016, p.112 ; GRATTON (L.) « Les clauses abusives en droit commun des contrats », Dalloz, 2016, p.22

[1026] V. supra n°636 et s.infr

887. **Sens donné à l'article 1105 du Code civil.** La portée limitée des nouvelles dispositions de droit commun trouve également son origine dans l'interprétation que les juges font du nouvel article 1105 du Code civil. Par une lecture littérale de l'adage *specialia generalibus derogant,* les juges ont démontré à plusieurs reprises une tendance à écarter systématiquement la règle de droit commun lorsque celle-ci entre en coexistence avec une règle spéciale.

Bien qu'il soit peut-être prématuré d'affirmer de manière catégorique que le droit commun deviendra systématiquement subsidiaire par rapport au droit spécial, l'analyse de décisions au-delà des seuls contrats de distribution révèle des indices en ce sens. Ainsi la jurisprudence récente a-t-elle consacré cette approche en matière d'intérêts moratoires[1027], dans le droit spécial des assurances pour les clauses d'exclusion de garantie[1028], en matière de rupture du contrat de travail[1029] et en droit des sociétés concernant l'abus de minorité[1030].

Néanmoins, deux exceptions notables doivent être relevées en droit de la consommation, toutes deux concernant l'obligation précontractuelle d'information.

L'arrêt du 25 septembre 2024[1031] rendu en matière de réservation de voyage, a appliqué l'article 1112-1 du Code civil bien que les parties aient satisfait aux obligations d'information prévues à l'article L. 211-8 du Code du tourisme. Il convient de noter que ce choix peut s'expliquer en partie par les faits de l'espèce, puisque la directive 2015/2302 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées précise expressément qu'elle ne devait pas avoir « *d'incidence sur les dispositions générales du droit des contrats prévues au niveau national* », ce qui est rappelé au sein de l'arrêt[1032].

Enfin, l'arrêt du 20 décembre 2023[1033] de la première chambre civile de la Cour de cassation a facilité la sanction de l'obligation d'information de l'article L. 111-1 du code de la consommation, pourtant dénuée de sanction civile propre, en déduisant la nullité du contrat par le biais de l'article 1112-1 du Code civil. Toutefois, cette décision demeure isolée et il convient

---

[1027] BARBIER (H.), « L'adage *specialia generalibus derogant* au pays des intérêts moratoires », RTD civ. 2024, p.398 ; LEMAIRE (J.-B.), « Intérêts moratoires : non-cumul des intérêts légaux de retard et des pénalités de retard », Dalloz actualité, 2024

[1028] NOGUERO (D.), « Pertes d'exploitation : le droit spécial de la clause formelle et limitée écarte l'obligatoire essentielle », Dalloz actualité, 2023 ; PERDRIX (L.) « Du non-cumul des articles L. 113-1 du Code des assurances et 1131 du Code civil », Bulletin Juridiques des Assurances, n°90, 2024, comm. 4

[1029] TOURNAUX (S.), « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail », Droit social, 2019, p.552

[1030] LECOURT (A.), « Abus de minorité, refus de proroger la société et CDD : mise à l'écart du droit commun du contrat », RTD Com. 2024 p.372

[1031] Cass.civ, 1ère, 25 septembre 2024, n°23-10.560

[1032] HELAINE (C.), « De l'usage de l'article 1112-1 du code civil en matière de réservation de voyage », Dalloz actualité, 2024

[1033] Cass.civ, 1ère, 20 décembre 2023, n°22-18.928

d'éviter toutes conclusions hâtives, d'autant plus qu'une décision contraire a été rendue dans un contexte similaire en droit bancaire.[1034].

888. **Un droit commun en perte d'intérêt.** Si la subsidiarité systématique du droit commun venait à être confirmée, il se retrouverait déclassé et condamné à n'avoir d'intérêt pour les justiciables que dans les interstices du droit spécial. Ce constat serait encore plus marquant pour le droit commun et le droit spécial de la distribution qui partagent de nombreuses similarités *via* des textes destinés au rééquilibrage du contrat. Le droit commun ne serait alors invoqué par les parties à un contrat de distribution que lorsque celles-ci ne peuvent pas bénéficier de la protection du droit spécial. En outre, des difficultés procédurales viennent s'ajouter à cette tendance, la spécialisation des juridictions conduisant souvent à reléguer les articles issus du droit commun au second plan.

889. **La nécessité de conserver un droit commun doté d'une certaine force...** Une telle situation ne saurait être souhaitable pour notre droit. Si certains auteurs considèrent que le droit commun est un concept dépassé[1035], d'autres, avec lesquels nous nous alignons, ont déjà exprimé leurs craintes quant à sa disparition[1036]. Le droit commun structure notre système juridique ; il en constitue pour certains le « *squelette* »[1037] et doit rester capable d'évoluer et d'innover. Le rappel historique de notre démonstration n'est pas fortuit : il illustre comment le droit commun, en s'affranchissant de ses limites et en étendant son influence, a pu se transformer et avoir un impact sur le droit spécial.

890. **…pour garantir une complémentarité entre les droits.** Droit commun et droit spécial doivent se confronter pour s'influencer mutuellement, que ce soit dans un esprit de rivalité ou de coopération, pour atteindre un objectif commun. Il est regrettable que le justiciable ne puisse bénéficier de toutes les armes qui sont à sa disposition et que ce soit au juge de trancher quant au droit applicable.

[1034] Cass.com, 5 avril 2023, n°21-18.319, Dalloz actualité, 2023, obs. HELAINE (C.)

[1035] LUCIENNE (L.), Specialia generalibus derogant, thèse, éd mare & martin, 2023, n°336

[1036] RIPERT (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1955, n°217 et s. ; HOLLEAUX (A.), « La fin des règles générales », Bulletin LAP, 1976, p.419, spéc, n°4, p.424 ; TERRE (F.), « La « crise de la loi » », APD, 1980, t.25, *La loi,* p.17 s., spéc. p.20 ; BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, n°10

[1037] LUCIENNE (L.), Specialia generalibus derogant, thèse, éd mare & martin, 2023, n°339 ; DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°7 ; LEFEBVRE (J.), « Le squelette de la loi. Quelques remarques sur le negotium et l'instrumemtum », in *Le titre préliminaire du Code civil,* dir. FAURE (G.) et KOUBI (G.), Economica, 2003, p.41-57 ; GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* thèse, LGDJ, 2009, n°108

891. **Le rôle du législateur.** Si les juges peinent à garantir une complémentarité entre droit commun et droit spécial, seul le législateur peut tracer une nouvelle voie. Cette voie ne saurait passer par une modification du droit commun, qui doit conserver son rôle de socle stable du droit[1038]. Elle ne viendra pas davantage de la réforme du droit des contrats spéciaux, l'occasion n'ayant pas été saisie pour insérer une nouvelle règle d'articulation organisant les conflits entre une règle spéciale et une règle encore plus spécifique. Le projet de réforme des contrats spéciaux comporte la même lacune que l'ordonnance de 2016 et n'aborde malheureusement pas du tout la question.

892. **Insertion d'une règle d'articulation au sein du droit spécial des contrats de distribution (proposition)**. Ce constat nous conduit à encourager l'intégration d'une règle d'articulation au sein du droit spécial de la distribution. Inspirée du principe de faveur en droit du travail, cette règle permettrait aux juges de recourir au droit commun des contrats lorsqu'il se révèle plus favorable à la partie faible.

893. **Les atouts de cette règle.** Elle est en phase avec la logique du besoin de protection des contrats de distribution. Elle évite de placer le justiciable face à une situation où le droit commun est écarté par subsidiarité alors même qu'il serait plus favorable. En outre, si le droit commun devait à l'avenir évoluer vers une plus grande utilisation d'instruments correcteurs des déséquilibres par les juges, le droit spécial en bénéficierait également.

894. **La création d'un livre dédié aux contrats de distribution au sein du Code de commerce (proposition).** Notre étude souligne également le manque d'accessibilité du droit spécial des contrats de distribution. Le poids économique des contrats de distribution et le nombre d'acteurs économiques concernés sur le marché par ses règles sont considérables. Pourtant, le droit des contrats de distribution est totalement insaisissable pour un non-professionnel du droit. Afin de rétablir un véritable accès du droit entourant les contrats de

[1038] POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon,* Dalloz, 2003, p.930 « *Le premier (le droit spécial) semble porté par les besoins pressants mais mouvants de la pratique, tandis que le second s'efforce de poser des principes pour le long terme et d'offrir des points d'ancrage. C'est ainsi que le Code civil apparaît comme un îlot de stabilité (relative) dans le flot des réformes, qui affectent à intervalles de plus en plus rapprochés les courants du droit spécial » ;* NIORT (J.-F.), *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code Civil français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, Au sujet de la nécessité du Code civil : «*il révèle cependant des contemporains sur l'idée connexe selon laquelle un Code se doit d'être le dépositaire stable et permanent de lois durables* »

distribution aux justiciables, il est proposé de créer au sein du Code de commerce un Livre consacré à ces contrats. La tâche n'est pas aisée mais elle donnerait une belle occasion de redéfinir la protection des pratiques restrictives de concurrence en la consacrant aux seuls contrats de distribution. En outre, il serait pertinent d'y intégrer des références aux règles du Code civil, facilitant ainsi le lien entre les articles. La règle d'articulation que nous proposons dans notre thèse constituerait le préambule de ce livre.

895. **Intérêt.** La redéfinition de l'articulation entre droit commun et droit spécial des contrats de distribution présente un triple intérêt. Tout d'abord, elle bénéficierait aux usagers des contrats de distribution, leur offrant un double réservoir de protection (en choisissant le droit le plus favorable) au lieu d'un seul à la fois sans possibilité de choix ; les professionnels seraient ainsi mieux protégés.

Ensuite, elle redonnerait du sens à la relation entre droit commun et droit spécial, permettant aux deux régimes d'évoluer et de s'enrichir dans un rapport de concurrence sain[1039]. Les dispositions du Code civil ne seraient plus systématiquement subsidiaires et les futures décisions des juges rendues sur le fondement de chaque droit influenceraient l'équilibre des textes.

Enfin, le droit de la distribution en sortirait renforcé, gagnant en clarté et en accessibilité, et se dotant de mécanismes complémentaires pour remédier aux déséquilibres contractuels qui ont toujours caractérisé ce droit.

[1039] DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, n°272 « *Lors de la constitution des ensembles normatifs, la dialectique du droit commun et du droit spécial est celle d'une opposition. Le droit commun se construit contre le droit spécial et inversement. L'évolution de ces ensembles normatifs est en revanche guidée par une règle d'imitation réciproque. Le droit commun et le droit spécial aspirent à se ressembler* ». ; MAZEAUD (D.), « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p.73 « *Le droit spécial n'exclut pas le droit commun. C'est de complémentarité qu'il s'agit, de collaboration, de convergence, voire d'imbrication* ».

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS

AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, Dalloz, 37° éd, 2024/2025, 2070p.
CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t.2*, 13e éd, Dalloz, 2015, 910p.
CHAINAIS (C.), MAYER (L.), FERRAND (F.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage.* Dalloz, 37e éd, 2024, 2100p.
CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd, Dalloz, 2018, 1042p.
CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2e éd, 2018, 256p.
COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUES (Ph.), BUCHER (C.-E.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis, 12e éd, 2023, 1040p.
DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t.6, Paris Rousseau, 1931, 772p.
DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. 1777, t.1, 679p.
FABRE-MAGNAN (M.), *Le droit des contrats*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2e éd, 2023, 128p.
FAGES (B.), PLANCKAERT (H.), *Le Lamy des contrats*, 2022
FERRIER (D.), FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, 10e éd, LexisNexis, 2023, 630p.
FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, t.1, L'acte juridique,* Sirey, Paris, 18e éd, 2024, 1335p.
GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, Traité de droit civil, 4° éd. ,LGDJ 2013, 1526p.
HOUTCIEFF (D.), *Droit commercial,* Sirey, 5e éd, 2022, 880p.
JHERING (R.VON), *L'esprit du droit romain*, Librairie Mareseq Ainé, 1889, t.1, 378 p.
JOSSERAND (L.), *Evolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey, 1936, 182p.
LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, Durand & Pédone-Lauriel, t. 1e, éd 1885, 558p.
LEQUETTE (Y.), TERRE (F.), SIMLER (Ph.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil les obligations,* Dalloz, 13e éd, Précis, 2022, 1800p.
MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 13e éd, 2022, 722p.
MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, 13e éd, LGDJ-Lextenso, 2024, 776p.
MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la distribution*, Sirey, 2018, 4ème éd., 378p.
MAZEAUD (H), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, tome 2, 1er vol, Obligations, Théorie générales,* 9e éd, 1998, Montchrestien, 1360p.
MONTESQUIEU, *Œuvres complètes, De l'esprit des lois*, L. XI, chap. VI, Paris, Les Belles Lettres, 1955, t.2
MOUSSERON (J.M.), BURST (J.J.), CHOLLET (N.), LAVABRE (Ch.), LELOUP (J.-M.), SEUBE (A.), *Droit de la distribution*, Litec 1975, 540p.
ODENT (R.), *Contentieux Administratif,* Dalloz, Tome II, 2007, 790p.
PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil,* T. 1, LDGJ, 11e éd, 1928, 1178p.
PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Editions Confluences, Bordeaux, 2004, 91p.
POTHIER (R.J.), *Traité des obligations,* éd. Lettlier, t.1, an XIII (1805), 428p.
VIDAL (D.), LUDIANO (K.), *Cours de droit spécial des sociétés* et *cours de droit général des sociétés*, Gualino amphi LMD, 2e éd, 2016, 352p.

II. OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, MELANGES ET TRAVAUX COLLECTIFS

ALVAZZI DEL FRATE (P.), BLOQUET (S.), VERGNE (A.), La summa divisio droit public / droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe (XIXe-XXIe siècles), Institut universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2018, 292p.
ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, 256p.
ANDREU (L.), MIGNOT (M.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, 2017, 540p.
Aristote, *Les topiques, Organon V*. Traduction nouvelle et notes par TRICOT (J.), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1997, 368 p.
AUBERT (J.-L.), FABRE-MAGNAN (M.), MENARD (C.), JAMIN (Ch.), TERRE (F.), *Le contrat au début du XXIe siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin,* LGDJ, Lextenso éditions, 2014

AZEMA (J.), BIENAYME (A.), BONNEAU (Th.), BRUNET (A.), *Etudes de Droit privé - Mélanges offerts à Paul Didier,* Economica, 2008,
BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, thèse, LGDJ, 2016, t. 571, 598 p.
BARRIERE (F.), *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires,* Université de Lyon 2, LexisNexis, 2017, 160p.
BATIFFOL (H.), CHABAS (F.), OPPETIT (B.), LEQUETTE (Y.), in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux,* Litec, 1990 , 436 p.
BEAUCHARD « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p.37 et s.
BEGUIN (J.), BLAISE (H.), BERLIOZ (G.), BERLIOZ (B.), *Etudes offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1985, 308p.
BEHAR-TOUCHAIS (M.), VIRASSAMY (G.), *Traité des contrats, les contrats de distribution,* LGDJ, 1999, 938 p.
BERLIOZ (G.) *Le contrat d'adhésion*, thèse, LGDJ, Paris, 1973, 222p.
BERLIOZ (B.), BERLIOZ (G.), « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in Etudes offertes à Houin (R.), Dalloz-Sirey, 1985, p.2 et s.
BOTTINI (F.), *Droit fondamentaux et crise(s) des solidarités*, éd L'Harmattan, 2019, 270p.
BROS (S.), *Les innovations de la réforme du droit des contrats, institut* , Universitaire Varenne, Collection Colloque & Essais, LGDJ, Lextenso éditions, 2018, 166p.
BUCHER (C.-E.), DAILLANT (M-A), *La réforme du droit des contrat spéciaux*, Dalloz, 2023, p.2 et s.
BUKULIN (J.), *L'articulation du droit commun et du droit spécial des contrats. Essai sur le concept « d'influence réciproque »,* Thèse, Université Grenoble Alpes, 2022, 643p.
BURGELIN (J.-F.), *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin Principes de justice*, Dalloz, 2008
BUY (F.), LAMOUREUX (M.), RODA (J.-Ch.), *Droit de la distribution*, 2e éd, LGDJ, 2019, 498p.
CABINET (G.), « L'histoire sans fin des lois éphémères (ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution), in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p.69
CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, 1184 p.
CABRILLAC (R.), Qu'est-ce qu'une introduction au droit ?, Dalloz, 1ère éd°, 2017, 176p.
CADIET (L.), « Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in colloque *Le droit contemporain des contrats – Bilan et perspectives*, Economica, Travaux de recherches, 1987, p.7
CANIVET (G.) « L'histoire sans fin des loi éphémères ou de la régulation des relations entre la production et de la grande distribution », in *Mélanges en l'honneur du professeur SERRA (Y.),* Dalloz, 2006, p.69 et s.
CAPITANT (H), *De la cause des obligations*, Dalloz, Paris, 1923, 506p.
CARBONNIER (J.), PERBEN (D.), DEBRE (J.-L.), PONCELET (C.), CHIRAC (J.), *Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire*, Litec, Dalloz, 2004, 18 p.
CAYOL (A.), « La réforme du droit des contrats, une consécration du solidarisme contractuel ? », *in* Bottini (F.), *Droit fondamentaux et crise(s) des solidarités*, L'Harmattan, 2019, p. 93-102
CERMOLACCE (A), *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001, 425 p.
CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd, Dalloz, 1152p.
CHARLARON (Y.), « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à LYON-CAEN (G.),* Dalloz, 1989, p .243
CHAUDOUET (S.), *Le déséquilibre significatif*, thèse, LGDJ, 2021**,** 888p.
CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, Dalloz, 2004, 1110p.
CHAINAIS (C.), MAYER (L.), FERRAND (F.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage.* Dalloz,37e éd, 2024, 2100p.
CHAZAL (J-P.), *De la puissance économique en droit des obligations,* thèse, Grenoble, 1996, 638p.
CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2e éd, 2018, 256p.
DELAHAYE (Th.), *Le facteur temps dans le droit des obligations, tome 1 – La temporalité du contrat,* Larcier, Bruxelles, 2013, 834p.
DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II, 2011, 487 p.
DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2e éd, 2018, 1090p.
DEUMIER (P.), « Les « motifs des motifs », des arrêts de la Cour de cassation. Etude des travaux préparatoires », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin Principes de justice*, Dalloz, 2008, p.135
DIESSE (F.), *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat,* thèse, Lille II, 1998, 578p.
DISSAUX (N), JAMIN(C.), *Projet de réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2015, 260p.

DISSEAUX (N.), JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, 271p.
DISSAUX (N.), LOIR (R.), *La protection du franchisé au début du XXIe siècle*, L'Harmattan éd, 2009, 284p.
ERESEO (N.), « Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations » in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne 2017, p. 363
FABRE-MAGNAN (M.), GHESTIN (J.), BORGHETTI (J.-S.), ROCHEFELD (J.), ouvrage collectif, *Liber amicorum, Etudes offertes à Geneviève Viney,* LGDJ, 2008, 919p.
FAURE (G.) et KOUBI (G.), *Le titre préliminaire du Code civil,* Economica, 2003, 254p.
FRISON-ROCHE (M.-A.), LEQUETTE (Y.), ROBERT (J.-H.), *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à TERRE (F.),* Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, 868p.
GAUVARD (C.) (dir.), *Les penseurs du Code civil*, Association française pour l'histoire de la justice, La documentation française, Histoire de la justice, n°19, 14 octobre 2009, 349 p.
GENY (F.), *Le particularisme du droit fiscal,* in *Mélanges R.CARRE DE MALBERG*, Sirey, 1933, p. 203.
GEST (J.), ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, 1ère éd., 270 p.
GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, 1er éd, 960p.
GHESTIN (J.), GRUA (F.), LAGARDE (P.), LEGEAIS (D.), LIBCHABER (R.), SAINTOURENS (B.), ouvrage collectif, *Aspects actuels du droit des affaires ; Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, 1138 p.
GILLIARD (F.), *La relation sujet-objet et ses avatars dans la genèse juridique*, Librairie Droz, 2002, 112 p.
GIODANENGO (G.), in *Droit romain Jus civil et Droit français dir. J. Krynen*, Presses de l'université Toulouse Capitole, 1999, p.219
GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, 674 p.
GOUEZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, thèse, Economica, Paris II, 2013, 444 p.
GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912, 470 p.
GRYNBAUM (L), NICOD (M.), *Le solidarisme contractuel*, coll. Etudes juridiques, Economica, 2004, 206p.
HAKIM (H.-A.), *Contribution critique à l'étude du déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-1 du Code de commerce*, thèse, Université de Lorraine, 2019, 1640 p.
HILAIRE (J.), *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2e éd, 2015, 256 p.
HERRERA (C. M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, La pensée juridique, 2001, 160 p.
JACOMINO (F.), *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Université Côte d'Azur, 2018, 790 p.
JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes offertes à GHESTIN (J.)*, LDGJ, 2001, p.441
JAMIN (C.), MAZEAUD (D.), *La nouvelle crise du contrat,* Actes du colloque, Thèmes & commentaires, Dalloz, 2003, 260 p.
LABORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, t.1, 2000, 747p.
LARDEUX (G.), « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », p.61 in *L'équilibre du contrat*, sous la direction de Lardeux (G.), PUAM, 2012, 100p.
LARDEUX (G.), « La notion de contrat d'adhésion », in *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun* sous la direction de Lardeaux (G.), Sériaux (A.), Egéa (V.), PUAM,2017, p.16
LARNAUDE (F.), « Le code civil et la nécessité de sa révision », in *Le code civil 1804-1904 Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, 1128p.
LATINA (M.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 1er éd, 2017, 128p.
LATINA (M.), « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion en droit français », in *Le contrat d'adhésion. Perspectives franco-québecoises*, dir. CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p.135
LE TOURNEAU (Ph.), « *Quelques aspects de l'évolution des contrats »,* in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud,* Dalloz, 1985, p.351
LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, *Mélanges François Terré*, Dalloz 1999, p.643
LEFEBVRE (J.), « Le squelette de la loi. Quelques remarques sur le negotium et l'instrumemtum »*,* in *Le titre préliminaire du Code civil*, dir. FAURE (G.) et KOUBI (G.), Economica, 2003, p.41-57
LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges DIDIER (P.),* Economica, 2008, p.237
LEQUETTE (Y.) ; LEVENEUR (L.), *1804-2004, Le Code civil, un passé, un avenir*, Dalloz, 2004, 1059p.
LEVENEUR (L.), « Le solidarisme contractuel : un mythe », *in Le solidarisme contractuel*, dir. GRYNBAUM (L), NICOD (M.), Economica, 2004, p.173
LEVENEUR (L.), « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme », in colloque *Le projet de réforme du droit des contrats* , LGDJ, 2015, p.661

LOUIS-LUCAS (P.), « L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit privé international » in *Mélanges Capitant (H.), Etudes de droit civil,* Librairie E. Duchemin Paris, 1977, p.469
LUCIENNE (L.), *Specialia generalibus derogant*, thèse, éd. mare & martin, 2023, 660 p.
MAETZ (C.-A.), « Réforme du droit des obligations et droit de la distribution », in *Influence de la réforme du droit des obligations*, Dalloz, 1er éd, 2018, p.115
MAINGUY (D.), « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 185
MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit Mélanges Terré (F.),* Dalloz, PUF, 1999, p.603
MAZEAUD (D.), « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel* dir. GRYNBAUM (L), NICOD (M.), Economica, 2004, p.66
MAZEAUD (D.), « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices et droit des obligations, Rétrospectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, sous la direction de Pigrarre (G.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, 169p.
MAZEAUD (D.), « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », in Mélanges offerts à Paul Didier *Étude de droit privé,* Economica, 2008, p.325-352
MAZEAUD (D.), « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », in *Mélanges en l'honneur du professeur HAUSER* (J.), LexisNexis, Dalloz, 2012, p.905
MAZEAUD (D.), « La place du juge en droit des contrats », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, Lextenso, Revue des contrats, 2016, p.353
MAZEAUD (D.) « Rapport conclusif » in *La réforme du droit des contrats en pratique* dir LATINA (M.), Dalloz, 1re éd, 2017, p.119
MAUCLAIR (S*.), Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, Institut Universitaire Varenne, 2013, 486p.
MAUCLAIR (S.) « La force normative de l'adagge specialia generalibus derogant », in *La force normative naissance d'un concept* dir. THIEBERGE (C.), LGDJ, 2009, p.322
MENARD (C.), « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p.661
MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier (24-25 octobre 1985)*. Paris, PUF, 1986, p.41
MESTRE (J.), *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA du 28 mai 1993, PU Aix-Marseille, 1997, 142 p.
MESTRE (J.), LAUDE (A.), « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, 28 mai 1993, PU Aix-Marseille, 1997, p.9 et s.
MOLFESSIS (N.), « Le Code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un avenir*, Dalloz, 2004, p.327
MOUSSERON (J.M.), BURST (J.J.), CHOLLET (N.), LAVABRE (Ch.), LELOUP (J.-M.), SEUBE (A.), *Droit de la distribution*, Litec 1975
MOUSSERON (J-.M.), *Producteur et distributeur : quelle concurrence ?,* Litec, Paris, 1986, 141p.
MOYA (K.), « La contrepartie », RTD civ. 2023, p.269
NIORT (J.-F.), *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code Civil français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, 2 vol. 931p.
OPPETIT (B.), « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à HOLLEAUX (D.),* Litec, 1990, p.320
PERALDIE LENEUF (F.), SCHILLER (S.), *Les conflits horizontaux de normes ; le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent*, Mare & Martin, 2015
PETIT (F.), *Droit et loyauté*, Dalloz, coll thèmes & commentaires, 2015
PIGNAME (G.), *Forces subversives et forces créatrices et droit des obligations, Rétrospectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, collection Thèmes et commentaires, 2005
POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon,* Dalloz, 2003, p.948
RAYNARD (J.), « A propos du principe de subsidiarité en droit privé », in *Mélanges MOULY (C.),* Litec, tomp.134, n°18
RANOUIL(V.), *L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept,* Paris, PUF, 1980, 165p.
REMY (Ph.), « Regards sur le Code », in *Le code civil 1804-2004*, *Livre du bicentenaire*, LexisNexis, Dalloz, 2004, p.113
REVET (T.), « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Le juriste dans la cité, Études en la mémoire* de PH. NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018, p. 891, n°4.

REVET (Th.), MAINGUY (D.), GUTMANN (D.), MARTINON (A.), *Le juriste dans la cité, Études en la mémoire* de Philippe NEAU-LEDUC, LGDJ, 2018
RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, Paris, LGDJ, T.19, 1961
RIPERT (G.), *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant,* Librairie E. Duchemin, Paris, 1977, 918p.
RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2ème éd., 1927, n°57, p.104
RIPERT (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1955, 461p.
ROCHEFELD (J.), « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme » in *Liber amicorum, Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p.836
ROCHFELD (J.) « Cause - Notion de cause » - Répertoire de droit civil, Dalloz, 2012 (actualisation : juin 2016)
RODA (J.-C.), LATINA (M.), « Réflexions « pratiques » sur l'imprévision », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 1re éd, 2017, p.80
ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965
ROUHETTE (G.), « La force obligatoire du contrat. Observations critiques », in TALLON (D.) et HARRIS (D.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p.27
SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986, 771p.
SAINTOURENS (B.), WICKER (G.), DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), *Mélanges en l'honneur du professeur HAUSER* (J.), LexisNexis, Dalloz, 2012
SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901, 421p.
SASSOLAS (D.), « Le prix » in colloque *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, Institut universitaire Varenne, 2018, p76
SAVAUX (E.), « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in GRYNBAUM (L.), NICOD (M.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, 206p.
SERINET (Y.-M), *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente, thèse*, Paris I, 1996, 1253p.
SIMON (F.-L.), *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Joly-Lextenso éd, 2009, 608p.
STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, 178p.
TERRE (F.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Coll Thèmes & commentaires, Dalloz, 2008, 310p.
TROTABAS (L.), *Essai sur le droit fiscal*, Paris, M. Giard, 1928, 40p.
UNTERMAIER (E.), *Les règles générales en droit public français, thèse*, LGDJ, 2011, 586p.
VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, thèse, Paris, 1985, LGDJ, 334p.
VOGEL (L.), VOGEL (J.), *les fondamentaux du droit de la distribution,* Lawlex, Bruylant, 2e éd, 2020, 948p.

III. ARTICLES, CHRONIQUES, COMMUNICATIONS

A

ALLAIN (M.-L.), CHAMBOLLE (C.), « Les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs. Bilan et limites de trente ans de régulation », Revue française d'économie, 2003, p.169 et s.
AMARO (R.), « La spécialisation du juge : l'exemple à ne pas suivre du droit de la concurrence », in *États de droits, Mélanges en l'honneur de Dany Cohen,* Dalloz, 2023, p.32
AMARO (R.), « Spécialisation du juge en droit de la concurrence : le revirement ! » Dalloz, 2023, p. 2298
AMARO (R.), « Sanction du défaut de spécialisation en droit de la concurrence : les conséquences du retour au régime de l'incompétence », Revue des Contrats, 2024, n°01, p. 72
AMARO (R.), «La relation commerciale établie au sens de l'article L442-6,I,5° du code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence », AJ contrat, 2019, p.8
AMSELEK (P.), « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », RJJ, 1999, 37 s., spéc. p.50.
ANCEL (F.), « Quel juge pour le contrat au XXIe siècle ? », Recueil Dalloz, 2017, p.721
ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », Dalloz, RTD civ. 1999, p.771
ANCEL (P.), « Article 1142 : violence économique », Revue des contrats, 2015, p.747
ANDREU (L.), « Le nouveau contrat d'adhésion », AJ contrats, 2018, p.262
ANDREU (L.), « Contrat d'adhésion et clauses déséquilibrantes », SNH, 2018, n°15, p.18

APAVOU (R.), « La liberté de renégocier le contrat pour cause d'imprévision », Gazette du palais, n°37, p.9
ARCELIN-LECUYER (L.), *Fiches de Droit de la distribution*, édition ellipses, 2012, p.7
ARONICA (Ch.), OSTOJSKI (L.), « Les conditions générales de vente, un incontournable de la relation commerciale ». AJCA, 2014, p.165
ASSELAIN (M.), « Des conditions particulières non signées sont-elles opposables à l'assuré ? », Revue générale du droit des assurances, n°08-09, 1 septembre 2014, p.435
ATIAS (C.), « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », in colloque, *Les penseurs du Code civil*, Histoire de la justice, 2004, p. 113
AUGAGNEUR (L-.M.), « Interdiction, droit et devoir de négocier : retour sur la confrontation entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat ». La semaine Juridique Entreprises et Affaires, n°27-28, 8 juillet 2010, p.1654
AUQUE (F.), « Retour du juge par la loi ? » AJDI, 2016, p.184
AYNES (L.), « Conditions de validité d'un contrat de franchise : détermination du prix lors de la conclusion de contrats de vente successifs ». Recueil Dalloz, 1992.266
AYNES (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? » Recueil Dalloz, D.1993.25
AYNES (L.), « L'imprévision en droit privé », in conférence association droit et commerce du trib. de com. Paris. RJC, 30 mai 2005, n°5
AYNES (L.), « La cause inutile et dangereuse », in R*éforme du droit des contrats*, Le débat, Droit et patrimoine, 2014, n°240 p.40
AYNES (L.), « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », Revue des contrats, Hors-série, *Réforme du droit des contrats : quelles innovations* ?, 2016, p.14
AYNES (L.), « le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », Lextenso, RDC, 2016, hors-série, p.14
AYNES (L.), STOFELL-MUNCK, « Les prérogatives contractuelles et la bonne foi », Droit et patrimoine, 1er juillet 2010, p.103

B

BALAT (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », Recueil Dalloz, 2015, p.699
BALAT (N.), « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le « formalisme méthodique » », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 895.
BALAT (N.), « Une utilisation discutable de l'intention du législateur et de l'adage specilia generalibus derogant au secours de l'articulation des textes sur les clauses abusives », Revue des contrats, n°03, 2022, p.89
BARBIER (H.), « Le vice du consentement pour cause de violence économique », Droit et patrimoine, 2014, n° 240, p. 50
BARBA (M.), « Saisine d'une juridiction non spécialisée en droit des pratiques restrictives : l'incompétence plutôt que l 'irrecevabilité – Les hésitations »., Dalloz actualité, 8 novembre 2023
BARBIER (H.), « Changement de circonstances imprévisible et formation du contrat », RTD civ, 2016, p.611.
BARBIER (H.), « La violence par abus de dépendance », La semaine juridique, édition générale, 2016, n°15, La semaine du droit – Libres propos, 421, p. 722
BARBIER (H.), « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats, RTD civ, 2016, p.837
BARBIER (H.), « Les grands mouvements du droit des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », Dalloz, RTD civ, 2016, p.247
BARBIER (H.), « L'action en réputé non écrit est-elle imprescriptible ? » RTD civ. 2019, p.334
BARBIER (H.), « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », RTD civ, 2019, p.570
BARBIER (H.), « La bonne foi implique-t-elle l'égalité de traitement ? », RTD civ, 2021, p.875
BARBIER (H.), « L'article 1171 du code civil est évincé par les textes spéciaux de lutte contre les clauses abusives », RTD civ. 2022, p.124
BARBIER (H.), « Pour être source de nullité du contrat, la violence économique suppose la preuve d'acte(s) de pression », RTD civ. 2023, p.356
BARROIS DE SARIGNY (C.), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in *Titre VII*, Conseil constitutionnel, 2020/1, p.18 et s.
BATTIFOL (H.), « La crise du contrat et sa portée », ADP, t.13, 1968, p.13 et s.BIZET (C.), « Incompétence n'est pas défaut de pouvoir : leçon de procédure en terres de concurrence, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°01, 2024 .1004

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La structure du contrat de distribution et la détermination du prix des contrats d'application ». LSJ, Ed. Générale n°45, 1994, doctr 3800
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Solidarisme contractuel et contrat de distribution », Revue des contrats, 2003, n°1, p.154
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? » Revue des contrats, 1 juillet 2009, n°3 p.1258
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », in Colloque, *d'une réforme à l'autre : les mutations du droit de l'entreprise,* RLDA, 2/2010
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les sanctions unilatérales dans le droit de la distribution », in *L'efficacité du contrat,* sous la direction de LARDEUX (G.), Dalloz, 2011.
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP E n°21, 25 mai 2015, doctr.603
BEHAR TOUCHAIS (M.), « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », LexisNexis, La semaine juridique édition générale, n°14, 2016, p.664
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Concurrence – Le Conseil constitutionnel instaure le contrôle des prix à la française ! A propos de la décision n°2018-749 QPC du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2018 », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°50, 2018, p.1638
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°29, 2019, p.1361
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Déséquilibre significatif et avantage sans contrepartie : le nouvel article L442-1 du Code de commerce », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°06, 2019, p.4
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », Revue des contrats, n°04, 2019, p.41
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les nouvelles protection de l'autonomie du commerçant dans la concurrence », Contrats Concurrence Consommation, n°6, 2019, dossier 2
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le contrôle des prix après la décision du Conseil constitutionnel et le principe de légalité des délits et des peines », Revue des contrats, n°01, 2019, p.68
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le nouveau déséquilibre significatif », Revue des contrats, 2019, n°116j, p.37
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019. Semaine juridique Entreprise et Affaires, n°29, 18 juillet 2019, p.1363
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence – Le droit français de la concurrence est-il devenu trop rigide ? », Contrats Concurrence Consommation, n°6, 2019, dossier 2
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le contrôle judiciaire du prix ne s'effectue pas en dehors du déséquilibre significatif », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence n°02, 2021, p.2
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. – A propos du non-cumul entre l'article L.442-6,I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil », La Semaine Juridique Edition Générale, n°15, 2022, doctr. 494
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le Conseil constitutionnel a-t-il tué la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ? », L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence, n°10, 2022, p.4
BEHAR-TOUCHAIS (M.), GRIMALDI (C.), « La loi Descrozaille dite « Egalim 3 ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°22, 2023, p.1169
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'article L. 341-2 du Code de commerce s'applique aux activités de services », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°07, 2024, p.1
BENABENT (A.), « Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats », Recueil Dalloz, 2018, p.1024
BENABENT (A.), « Les nouveaux mécanismes », Revue des contrats, Hors-série, avril 2016, p.
BERLIOZ (B.), BERLIOZ (G.), « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à Houin (R.),* Dalloz-Sirey, 1985, p.2 et s.
BERTIER-LESTRADE de (B.), « La bonne foi dans la réforme française des contrats », in *Le contrat dans tous ses états : actes du colloque du 16 novembre 2018*, dir. Le Gallou (C.), Marmisse d'Abbadie d'Arrast (A.), Presses de l'Université Toulouse Capitole, Séries "Actes de colloques (IFR Mutation des normes juridiques) ; 41", p.141
BETTONI (L.), « Le refus d'agrément dans la distribution sélective devant la Cour de cassation : acte 2 », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°23, 9 juin 2022, p.1207
BIZET (C.), « Incompétence n'est pas défaut de pouvoir : leçon de procédure en terres de concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°01, 2024, p.1004
BLANC (B.), « Le juge et les standards juridiques », Revue des contrats, 2016, p.394
BLANC (G.), « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », Recueil Dalloz, 1993, p.218

BLANC (G.), SERVERIN (E.), RUEL (F.), LE FRIANT (M.), « Les contrats de distribution dits de partenariat ». Rapport de recherche, Ministère du commerce et de l'artisanat, 1992 p.17 et 18.
BLANC (N.), « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », in *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, Revue des contrats, 2018, p.20BLANC (N.), « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? » Lextenso, RDC 2015. P.810
BOFFA (R.), « Article 1108 : le contrat d'adhésion », Revue des contrats, 2015, p.736 et s.
BOFFA (R.), MEKKI (M.), « Droit des contrats », Recueil Dalloz, 2022, p.310; Recueil Dalloz, 2024. p.275
BORIES (A.) « Devoirs d'information et de renégociation du franchiseur : parfums de réforme », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°21-22, 2017, p.1279
BOSCO (D.), « Réforme du droit des obligations sur la question des « clauses abusives », *in l'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, Dalloz Action, 2018, n°2.11 et s
BOTTIN (L.), « L'efficacité des sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », Revue Lexsociété, Université Côté d'Azur, 2022, p.22
BOUDOT (M.), « L'enseignement du droit, un instrument de la summa divisio ? » in colloque *De l'intérêt de la summa divisio Droit public – Droit privé ?,* Dalloz, 2011, p.244 et s.
BOUDOT (M.), « La relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent », in Boudot (M.), Faure-Abbad (M.) et Veillon (D.), *L'effet relatif du contrat*, LGDJ, 2015, pp. 43-56
BROS (S.) « De l'influence des pratiques restrictives de concurrence sur le droit des contrats » colloque Vers un nouveau droit de la concurrence ?, Concurrences, n°1, 2016, p.4 et s.
BROS (S.), « Les standards dans la réforme du droit des contrats : entre tradition et innovation », in *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, institut Universitaire Varenne, Collection Colloque & Essais, LGDJ, Lextenso éditions, 2018,
BROS (S.), « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », Recueil Dalloz, 2016, p.29
BROSSES de (A.), « La rupture fautive de relations commerciales établies ? », in *Contrats de distribution, l'équilibre enfin trouvé ?,* Droit et patrimoine, juin 2013, n°116, p.71 s.
BRUN (Ph.), « Rapport de synthèse », Revue des contrats, 2016, n°02, p.416
BRUNIE (J.), « La révision judiciaire pour imprévision à l'issue de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats. – Création de l'article L.211-40-1 du Code monétaire et financière », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°15, 2019, p.1185
BUCHER (C.-E.), « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », Contrats Concurrence Consommation, n°5, 2016, dossier 6
BUEB (R.), « La lésion dans la vente d'immeuble, un passé plein d'avenir ? », petites affiches, 1999, n°88, p.11
BUY (F.), « Entre droit spécial et droit commun : l'article L 442-6, I, 2° du Code de commerce », Petites affiches, 17 décembre 2008, n°252, p.3
BUY (F.), « Le « déséquilibre significatif » devant la Cour de cassation : enfin des précisions ? », Dalloz, 2015, p.1021
BUY (F.), « Responsabilité contractuelle et responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale : la Cour de cassation valide le cumul », Recueil Dalloz, 2018, p. 2396
BUY (F.), « La [décevante] réforme du droit des relations commerciales », Recueil Dalloz, 2019, p.1122
BUY (F.), « De quelques conflits de lois internes en droit des affaires », Recueil Dalloz, 2019, p.2257
BUY (F.), « Oui au contrôle judiciaire du prix ! », AJ contrat, 2019, p.29

C

CABRILLAC (S.), « Cautionnement : appréciation stricte de l'existence du vice de violence économique », Defrénois, n°26, 2023, p.30
CASTALDO (A.), « Pouvoir royal, droit savant et droit commun coutumier dans la France du Moyen Âge. A propos de vues nouvelles II : Le droit romain est-il le droit commun ? », Revue française de théorie de philosophie et de culture juridique, 2008, n°47.
CAPORALE (F.), « La notion de relation commerciale établie », Cahiers de droit de l'entreprise n°1, 2014, dossier 2
CERVEAU (B.), « Les dispositions spéciales dérogent aux générales », Gazette du Palais, 5 mars 2019, n°343h4, p.64.
CHAGNY (M.), « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », Revue des contrats, 2004, p.861
CHAGNY (M.), « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelle ? » Contrats, concurrences, consommation, 2008, alerte 70

CHAGNY (M.), « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? – A propos de la loi LME du 4 août 2008 », La Semaine Juridique Edition Générale, n°42, 2008, I 196
CHAGNY (M.), « Propos introductifs », in Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence, Revue Lamy Droit des affaires, 2013, suppl. au n° 83
CHAGNY (M.), « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation ! », RTD com, 2015, p.486
CHAGNY (M.), « Vent de réforme : du contrat à la concurrence et *vice versa* ? », AJCA, 2015, p.145
CHAGNY (M.), « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », RTD com. 2016, p.451
CHAGNY (M.), « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », AJCA 2016, p.115
CHAGNY (M.), « Question de méthodologie Droit commun et droit spéciaux », *in* colloque *Réforme du droit commun du contrat droit de de la distribution*, Revue Lamy droit des affaires, 2016, n°117
CHAGNY (M.), « Le domaine d'application de la règle sur le déséquilibre significatif : le flux et le reflux ? », RTD com., 2017, p.593
CHAGNY (M.), « LME, une loi de rupture », Bulletin de l'Ilec, 09/2018, n°393
CHAGNY (M.), « Vers un principe d'interprétation stricte du droit des pratiques restrictives et son exclusion des relations « hors marché », RTD. Com. 2018. p.633
CHAGNY (M.), « Les relations économiques en droit commun et droits spéciaux – Rapport introductif », La Semaine juridique, Entreprise et Affaires, n°25, 2018, p.1326
CHAGNY (M.), « La refonte du Titre IV du Livre IV… en attendant une nouvelle réforme ? », RTD com, 2019, p.353
CHAGNY (M.), « Vers une démonstration plus exigeante du comportement consistant à « soumettre ou tenter de soumettre », RTD com. 2020. 322
CHAGNY (M.), « Quel revirement en matière de spécialisation des juridictions ! » RTD com. 2024, p.61
CHANTEPIE (G.), « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », AJ contrats, 2015, p.218
CHANTEPIE (G.), « La rupture des contrats d'affaires : la gestion contractuelle de la rupture. AJ contrats, 2016, p.130
CHANTEPIE (G.), « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », AJ contrats, 2016 p.412
CHANTEPIE (G.), « La lésion, entre désir et déni », AJ contrats, 2018, p.104
CHANTEPIE (G.), « Les consentements de l'adhérent », Revue des contrats, n°02, 2019, dossier « *Le contrat d'adhésion »,* p.140
CHANTEPIE (G.) « Le déséquilibre significatif de droit commun réduit à la portion congrue », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°12, 2022, p.1125
CHANTEPIE (G.), « Contrainte économique et indépendance statutaire d'un avocat », Recueil Dalloz, 2022, p.384
CHANTEPIE (G.), « Le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Premières parties : l'émiettement du droit des négociations commerciales », Dalloz actualité, 13 avril 2023.
CHANTEPIE (G.), « Interdépendance contractuelle, mode d'emploi », Recueil Dalloz, 2024, p.342
CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture lecture du Sénat », Dalloz, 2018, Chron p.309
CHANTEPIE (G.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Déséquilibre significatif », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2022
CHATAIN (A.), ERB (J.-P.), « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°18, 2017, 1245
CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin », in La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre DEMOGUE (R.), Lille I, 2003, p.114
CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean-Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.280 et s.
CHAZAL (J.-P.), « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », Droit et patrimoine, 2014, n° 240, p. 47
CHENEDE (F.), « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles » , Revue des contrats, 2011, p.709
CHENEDE (F.), « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », Annuaire de l'institut Michel Villey, 2012, p. 164.
CHENEDE (F.), « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », Recueil Dalloz, 2015, p.1226
CHENEDE (F.), « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats », Recueil Dalloz, 2017, p.2214
CHENEDE (F.), « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », AJ contrats, 2018, p.25
CHONE-GRIMALDI (A-.S.), « Egalim 3 : une énième réforme des règles applicables aux relations d'approvisionnement de la grande distribution ». La semaine Juriidque Entreprise et Affaires, n°06, 2023, art. 152

CLAUDEL (E.), « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses centres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) »,RTD com, 2016, p.460
CLAUDEL (E.), « Les relations fournisseurs-distributeur à nouveau sur la sellette : les marges arrières sont invitées à passer devant ! » RTD com. 2003, p.707
CRESSARD (B.), « Contrat de franchise et bonne foi », AJ contrats, 2017, p.163
CONFINO (A.), « L'article 1195 nouveau du code civil et bail commercial : imprévision ou imprécision ? », AJDI, 2016, p.345
COLLY (F.), « Présentation », in colloque *Les innovations de la réforme du droit des contrats,* sous la direction de Bros (S.)*, Institut* Universitaire Varenne, Collection Colloque & Essais, LGDJ, 2018, 166p.
CORNU (G.) « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in Mélanges SAVATIER (R.) Dalloz, 1965, p.157

D

D'ALES (T.), « De la révision pour imprévision à la bonne foi contractuelle : analyse de l'efficacité relative des mécanismes légaux de renégociation du contrat », RDC, 2023, p.169
DEFFAINS (B.) « Quelle analyse économique pour le droit de la distribution ? », RLDA, 2013, n°83
DEFFAINS (B.), FEREY (S.), « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTD civ., 2010, p.719
DELEBECQUE (P.), « Réforme de la réforme », du droit des contrats : en attendant la jurisprudence, la parole est aux pouvoirs publics, AJ contrat, 2018, p.197
DELPECH (X.), « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et le secteur coopératif : une incompatibilité qui se confirme », Dalloz actualité, 15 novembre 2017
DELPECH (X.), « Réforme de la réforme », du droit des contrats : le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision », AJ contrat, 2018, p.52
DEROUSSIN (D.), « Le contrat à travers le Code civil Français », *in Les penseurs du Code civil*, GAUVARD (G.), AFHJ, 2009, p.262
DESHAYES (O.), TADROS (A.), « Le déséquilibre significatif et le contrat constitutif d'un groupement », Recueil Dalloz, 2017, p.1583
DESNOYER (Ch.), « Du bon usage de la règle specialia generalibus derogant : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 al. 1 du Code civil », in *Les conflits horizontaux de normes ; le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits de normes de niveau équivalent* , Mare & Martin, 2015, p.128 et s.
DISSAUX (N.), « L'entrée dans la franchise, le document d'information précontractuel, introduction », Colloque La franchise question sensible, Revue Lamy droit des affaires, 2012, n°73, supplément du 07/2012.
DISSAUX (N.), « L'indemnisation du distributeur en cas de rupture brutale », RDC 2015, n°112n0, p.991
DISSAUX (N.), « Pauvre « loi Doubin » », JCP E, 2016, p.1235
DISSEAUX (N.), « Les mystères du contrat cadre », AJ contrats d'affaires, concurrence, distribution, 2017, p.104
DISSAUX (N.), « La cessation du contrat de gérance-mandat : quel régime spécial ? », AJ Contrats, 2019, p.483
DISSEAUX (N.) « L'erreur sur la rentabilité en matière de franchise : fin de la partie ? », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°45, 2020, p.1443
DISSAUX (N.), « Franchise participative : qu'on l'achève ! », Recueil Dalloz, 2024, p.856
DISSEAUX (N.) ; LOIR (R.), « Le droit de la franchise, un bateau ivre », Recueil Dalloz, 2022, p.571
DISSEAUX (N) ; LOIR (R.), « Réforme d'ampleur du droit des relations commerciales », La semaine Juridique Edition générales, n°23, 2019, act. 589
DISSAUX (N.), LOIR (R.), « Avantage sans contrepartie : en avant toute ! », Recueil Dalloz, 2023, p.485
DRAND (C.), « Le caractère législatif de l'adage interpretatio cessat in claris en droit français des contrats », Scientia juris, n°2, Revue générale du droit, 2013, n°7496 ; Cass.civ, 1er, 29 mai 1996, Bull. Civ, I, n°233, p.155
DUNOYER DE SEGONZAC (A.) et CHAIB (K.), « Extension du domaine de la violence – Nouvelles caractérisation par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », Revue des juristes de Sciences Po, n°11, 2016, p.123
DUTTO (V.), « De quelques réflexions concernant l 'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », AJ contrats, 2017, p.159

E

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.), « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », Recueil Dalloz, 2017, p.1312

ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), « L'interprétation du contrat d'adhésion », Revue des contrats, n°02, 2019, p.146
ERESEO (N.), « Le détournement du droit des pratiques restrictives de concurrence à travers l'exemple de l'article L442-6, I, 5° C. com », Concurrences, n°2-2010, 2010, art. n°2-2010, p.57
ERESEO (N.), « Distribution sélective : La Cour d'appel de Paris considère que le refus d'agrément n'est pas un acte unilatéral exclusif de la qualification d'entente (Automobiles Palau/Mazda Automobiles), Concurrences n°2-2019, 2019, Art. n°89948
ERESEO (N.), « La Cour d'appel de Paris réaffirme la liberté de réorganisation des réseaux de distribution sélective (Hyundai) », Concurrences, n°4-2019, 2019, art, n°92198
ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « Kelsen et la théorie générale du contrat », in colloque A*ctualité de Kelsen en France,* LGDJ collection La pensée juridique, 2001, p.109 et s.

F

FABRE-MAGNAN (M.), « la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », Revue des contrats, 1 avril 2004 n°2, p.573
FABRE-MAGNAN (M.), « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », La semaine Juridique, édition Générale, n°25, 2016, act. 706
FABRE-MAGNAN (M.), « Réforme du droit des contrats : un très bon projet », La Semaine Juridique, éd Générale, 2008, Doctr. 199
FAGES (B.), « L'abus dans les contrats de distribution », JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise, 1998, n°6, p.11
FAGES (B.), « Un nouvel espace pour le droit des affaires », Gazette du palais, 2017, p.11 et s.
FAGES (B.), PLANCKAERT (H.), *Le Lamy des contrats*, 2022
FAUVAQUE-COSSON (B.), « Le changement de circonstances », Revue des contrats, 2004, n°1, p.67
FAUVAQUE-COSSON (B.), « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », Revue des contrats, 2006, n°4, p.1279
FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? » Revue des contrats, 2011, n°2, p.644
FENOUILLET (D.), « Le juge et les clauses abusives », Revue des contrats, 2016, n°2, p.358
FERRE (D.), Des précisions sur l'appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L442-6, I ? 2° du Code de commerce, AJ contrats 2017, p.129
FERIEL (L.), « La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°19, 2021, p.1246
FERRIER (D.), « Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence » Cahiers de droits de l'entreprise, 1983, n°1, p.21
FERRIER (D.), « Rapport de synthèse », in colloque *Réforme du droit commun du contrat et droit de la distribution*, Revue Lamy droit des affaires, 2016, n°117
FERRIER (N.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*. Lexisnexis, Coll. Actualités de droits de l'entreprise, Actes du colloque tenu le 24 mars 2017 à l'Université de Lyon 2, 7 septembre 2017
FERRIER (N.), « Concurrence – Distribution », Recueil Dalloz, 2023, p.705
FERRIER (N.) « Le déséquilibre significatif en franchise… et au-delà (Panorama des réseaux) in colloque Le déséquilibre significatif en droit de la franchise : quelle importance ?, Organisé par la Cour de cassation, l'ENM et le CRDP de L'université de Lille, 2023
FERRIER (N.), HOTTE (S.), « De l'influence du droit des contrats sur le droit des pratiques restrictives de concurrence », colloque *Vers un nouveau droit de la concurrence ?*, Concurrences, n°1-2016
FORTI (V.), « La discordance entre les conditions générales invoquées par les deux parties (observations comparatives sous l'article 1119, alinéa 2, du Code civil », RDC, 2017, n°114, p.552
FOURGOUX (J-.L.), « Panorama de la rupture brutale des relations commerciales », AJ contrats, 2015, p.19
FOURGOUX (J-.L.), « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », AJ contrats, 2016, p.127
FOURGOUX (J.-L.), « La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires », AJ contrats, 2020, p.540
FRANCOIS (C.), « Application dans le temps et incidence de la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats » , Recueil Dalloz, D. 2016 p.506
FRISON-ROCHE (M-A.), « L'indétermination du prix », RTD civ., 1992, p.269
FRISON-ROCHE (M-.A.), « La perspective de réforme de la loi Galland : observations méthodologiques générales », Petites affiches, 2005 n°130, p. 44

G
GAC-PECH (S.), « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », Contrats Concurrence Consommation, novembre 2009, n°11, étude 12.
GARINOT (J-.M.), « Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat ? », Recueil Dalloz, 2014, p.2014
GASSIN (R.), « Lois spéciales et droit commun », Dalloz, Chronique, 1961, p.93, n°6
GAUDEMET (S.), « La clause réputée non écrite », RTD civ, 2008, p.189
GAUDEMET (S.), « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », LexisNexis, JCP 2016, p.559
GAUTIER (P-Y.), « Crise du contrat… ou crise du juge et de la doctrine ? », Revue des contrats, 2003, n°1, p.277
GENICON (T.), « Théorie de l'imprévision… ou de l'imprévoyance ? », Recueil Dalloz, 2010, p.2485
GENICON (T.), « L'erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle ? », Revue des contrats, 1 janvier 2012 n°1, p.64
GENICON (T.), « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », Revue des contrats, 2016, p.625
GENICON (T.), « Table ronde : les défis du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommation, n°12, 2020, dossier 12
GENRRY-VERNIERES (S.), « L'interprétation de l'article 1171 du code civil « à la lumière des travaux parlementaires » de la loi de ratification », Revue des contrats, n°02, 2022, p.144
GHESTIN (J.), « Le contrat en tant qu'échange économique », Economie des contrats, RDI, 2000, n°92, p.81
GHESTIN (J.), « L'erreur substantielle du franchisé sur la rentabilité de l'activité à entreprendre », La semaine juridique, éd générale n°6, 6 février 2012, p.135
GHESTIN (J.), GROSSER (P.), HOUTCIEFF (D.), LOISEAU (G.), SERINET (Y-.M.), VIRASSAMY (G.), « Contrats et obligations – Droit des contrats- Chronique », La semaine juridique Edition Générale n°7, 18 février 2019, doct. 183
GICQUIAUD (E.), « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD Com, 2014, p.267
GIJSBERS (Ch.), « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », RDI, 2016, p.342
GIJSBERS (V.C.), « La révision du prix », RDC 2017, p.546
GIORGIO MATTARELLA (B.), « La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine », RFDA, 1994, p.668
GLAIS (M.), « Haro sur la fausse coopération commerciale », Bulletin de l'Ilec, 09/2018, n°393
GOLDIE-GENICON (Ch.), « Droit Commun et droit spécial », Revue de droit d'Assas n°7, 2013, p.32
GODON (L.), « GIE et droit de la concurrence : les modalités de retrait d'un membre ne relèvent pas du contrôle du déséquilibre significatif », Rev. Sociétés, 2018, p.250
GOUACHE (J-.B.) ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Actualité du droit de la franchise 2022 », Contrats Concurrence Consommation, n°2, 2023, étude 2
GRALL (J.-C.), BELLONE (C.), « Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L.441-7 et L.441-7-1 du code de commerce », Revue Lamy de la concurrence, n°53, 2016
GRALL (J.-C), MALLEN (G.), « Déséquilibre significative : entre affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligation », Revue Lamy de la concurrence, n°56, 2016, p.28
GRALL (J-.C.), MEFFRE (J-.M.), GUET (C.), « Loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des PME », Recueil Dalloz, 2005, p.214
GRATTON (L.) « Les clauses abusives en droit commun des contrats », Recueil Dalloz, 2016, p.22
GRILLET-PONTON (D.), « Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle », Dalloz, Revue des contrats, 2000, p.331
GRIMALDI (C.), « Le contrôle du prix, à l'aune de l'article L442-6, I, 2°, du Code de commerce est-il conforme à la Constitution ? », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°10, 2018, p.1
GRIMALDI (C.), « Le contrôle du prix dans les contrats de distribution : contrôle de l'évolution ou du niveau des prix ? », L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, n°01, 2019, p.4
GRIMALDI (C.), « Vers un contrôle généralisé de la lésion », Recueil Dalloz, 2019, p.388
GRIMALDI (C.), « Que reste-t-il de la liberté contractuelle (à propos du titre IV du livre IV du code de commerce) ? », Recueil Dalloz, 2023, p.652
GRUA (F.), « Les divisions du droit », RTD civ. 1993, p.59
GRUA (F.), « La fée de l'horloge », RTD civ. 2001, p.323.
GRUA (F.), « Le code civil, code résiduel ? », RTD Civ, 2015, p.253

GUEGEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », Recueil Dalloz, D. 1999. 352
GUILLEMIN (L.), « La défense du distributeur face à son fournisseur dans le contrat de bière », Recueil Dalloz, 2013, p.657

H
HADJ-AISSA (H.), « L'avantage sans contrepartie », Jurisclasseur Concurrence-Consommation. Fascicule 270. 2024
HAGE-CHAHINE (N.), « Résolution – Résiliation », Répertoire de droit civil, 2021, n°358
HEINICH (J.), « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », Gazette du Palais, 2017, p.66
HELAINE (C.), « Caducité dans les ensembles contractuels interdépendants : l'incompatibilité de la clause de divisibilité confirmée dans le droit nouveau », Cass.com, 10 janvier 2024, FS-B+R, n°22-20.466, Dalloz Actualité, 16 janvier 2024
HEYRAUD (Y.), « Distribution sélective automobile : la tête de réseau est libre de choisir ses distributeurs », Dalloz actualité, 10 mars 2022
HOLLEAUX (A.), « La fin des règles générales », Bulletin LAP, 1976, p.419, spéc, n°4, p.424
HONTEBEYRIE (A.), « 1171 contre L442-6,I,2° : la prescription dans la balance », Recueil Dalloz, 2016, p.2180
HOTTE (S.), FERRIER (N.), BROS (S.), CHÉNEDÉ (F.), « De la sanction de l'abus contractuel à celle des pratiques restrictives de concurrence (Vers un nouveau droit de la concurrence ? Lyon, 28 mai 2015), février 2016, Concurrences n° 1-2016, Art. N° 77375
HOUTCIEFF (D.), « Le contenu du contrat », in colloque *Pour une réforme du droit des contrats dir. F. Terré*, Dalloz, 2009, p.198
HOUTCIEFF (D.), « La contrepartie convenue n'est-elle que la cause de l'obligation en pire ? », Gazette du Palais, 9 janvier 2018, p.32
HOUTCIEFF (D.), « La violence économique régénérée ? », Gazette du Palais, 2022, n°16, p.4
HOUTCIEFF (D), « Droit des contrats – Chronique », La Semaine Juridique Edition Générale, n°09, mars 2024, doctr. 277
HOUTCIEFF (D.), « Quelle réforme pour les contrats spéciaux ? Quelle réforme pour le contrat d'entreprise ? », Contrats Concurrence Consommation, n°1, 2024, dossier 4

J
JAMIN (C.), « Loi n°96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », RTD civ, 1996, p.1009
JAMIN (Ch.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », Recueil Dalloz, 2002, p.901
JAMIN (C.), « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », Recueil Dalloz, D.2003. 2878
JAMIN (C.), « Douter avec Carbonnier… », Recueil Dalloz, 2018, p.713
JAUFFRET SPINOSI (C.), « La structure du droit français », revue internationale de droit comparé, 2002, p.269
JENNY (F.) « Le régime juridique des pratiques restrictives de concurrence, en question : Concurrences, 2019, art 89449
JEOL (M.), « Les contrats de distribution commerciale et la détermination du prix : un nouveau Yalta », Recueil Dalloz, D.1991, p.175
JEOL (M.), « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », Recueil Dalloz, D.1996, p.13
JEROME (J.), « Contrôle des clauses abusives : la Cour de cassation précis le champ de l'article 1171 du Code civil par rapport aux dispositifs du Code de commerce et du Code de la consommation », Revue des contrats, n°02, 2022, p.103
JESTAZ (P.), « Droit commun et droit spécial », RTD civ. 2022, p.837
JESTAZ (Ph.), « Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat,* sous la direction de JAMIN (Ch.), MAZEAUD (D.), Dalloz, Paris, 2003, p. 243
JESTAZ (V.), « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée René Savatier, Poitiers, 24-25 oct, P.U.F, Paris, 1986, p.115
JEULAND (E.), « L'énigme du lien de droit », Dalloz, RTD civ, 2003, p.455
JOSSERAND (L.), « La protection des faibles par le droit » in *Évolutions et Actualités, conférences de droit civil,* Sirey, 1936, p.172
JOUARY (Ph.), « La lésion dans le Code civil de 1804. Étude sur l'influence du libéralisme économique sur le Code civil », Revue Droits, Esprit du Code civil/1, PUF, 2005, p.119

K
KERGUELEN (E.), « L'introduction de l'imprévision en droit commun des contrats : une ouverture trompeuse par rapport au projet initial de la Chancellerie », Éditions Législatives, 17 mars 2016
KENNEFICH (C.), « La surprenante histoire de la lésion en droit français et en droit anglais », Revue des contrats, 2013, n°4 p.1531
KILGUS (N.), « Les dispositions transitoires », in colloque *La ratification de la réforme du droit des contrats*, Université de Strasbourg, 15 juin 2018
KILGUS (N.), « Technique contractuelle – Les clauses d'indépendance (ou de divisibilité), Contrats Concurrence Consom**m**ation, n°4, 2021, dossier 4
KULLMAN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », Dalloz, 1993, Chron, p.59

L
LAGARDE (X.), « Sur l'utilité de la théorie de la cause », Recueil Dalloz, 2007, p.740
LAGARDE (X.), « Questions autours de l'article 1171 du Code civil », Recueil Dalloz, 2016, p.2174
LASBORDES-DE VIRVILLE (V.), « Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale », Revue Lamy de la concurrence, n°54, oct. 2016, p.19
LAITHIER (Y-.M.), « Les sanction de l'inexécution du contrat », Revue des contrats, Hors-série, avril 2016, p.39
LAGELEE-HEYMANN (M.), « Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », Revue Des contrats, 2018, n°03 p.473
LAMBERT (T.), « La spécificité du contrat de bière », RLDA, 2008, n°26, p.86
LAMBERT (T.), « L'impossible preuve de la licéité de la distribution sélective quantitative », Recueil Dalloz, 2023, p.1417,
LAMOUROUX (S.), « La codification ou la démocratisation du droit », Revue française de droit constitutionnelle, 2001/3, p.801
LARDEUX (G.), « « Specialia generalibus derogant » ou la simplicité apparente des fausses évidences », Revue des contrats, 2008, p.1251, n°4
LARROUMET (C.), « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », Recueil Dalloz,1997, p.145
LASBORDES-DE VIRVILLE (V.), « Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale », Revue Lamy de la concurrence, n°54, 2016
LATINA (M.) « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats » - Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017
LATINA (M.), « L'abus de dépendance (C.civ, art 1143) : premiers enseignements des juridiction du fond », Recueil Dalloz, 2020, p.2180
LATINA (M.), « Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil », L'essentiel Droit des contrats, n°03, 2022, p.1
LAULOM (S.), MERLEY (N.), « La fabrication du principe de faveur », Revue droit du travail, 2009, p.219
LE COUVIOUR (K.), « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies ». RTD com, 2008, p.1
LE GAC-PECH (S.), « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », Contrats Concurrence Consommation, n°11, novembre 2009, étude 12
LE GAC-PECH (S.), « L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion », La Semaine juridique Entreprise et Affaires, n°10, 2017, p.1135
LECLERC (F.), « Quel impact est susceptible d'avoir la réforme du droit des contrats sur les effets des contrats de distribution ? » AJ contrats, 2017, p.200
LECOURT (A.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », RTD, com., 2016, p.767
LECOURT (A.), « Conception atypique de l'objet social pour les sociétés œuvrant dans le secteur de la grande distribution : une particularité contextuelle ? » RTD com. 2017, p.915
LEDUC (F.), « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », LSJ, Ed. Générale n°49, 1992, Doctr 3631
LEDUC (F.), Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui. La responsabilité du fait d'autrui : actualité et évolutions, CDRUM - Centre de Droit de la Responsabilité de l'Université du Maine, Jun 2000, Le Mans, France. pp.18.
LEMAY (P.), « Questions de stratégie, mobilité. L'entrée dans le réseau de distribution ». Revue Lamy droit des affaires, 2016, n°117
LEVENEUR (L.), « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité…) », AJDA, Dalloz, 1998, p.676
LEVENEUR (L.), « Le forçage du contrat », Droit & patrimoine, n°58, mars 1998, p.70

LEVENEUR (L.) « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? », Revue des contrats, 2015, p.661
LEVENEUR (L.), «Des limites de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », Contrats Concurrence Consommation, n°10, Octobre 2019, comm. 151
LEVENEUR (L.), « Réforme du droit des contrats spéciaux – Propos conclusifs », Contrats Concurrence Consommation, n°1, 2024, dossier 7
LEVENEUR (L.), BALONNE-BURINI (L.), BAUMGARTNER (F.), GENICON (T.), PEGLION-ZIKA (C.-M.), POULET (L.), « Droit des contrats – Table ronde : les défis du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommation, n°12, 2020, dossier 12
LEVENEUR-AZEMAR (M.), « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », Recueil Dalloz, 2020, p.165
LEQUETTE (Y.), « Y aura-t-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », Revue des contrats, 2015, p.615
LIBCHABER (R.), « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTD civ, Revue trimestrielle de droit civil, 1997, p.794
LIBCHABER (R.), « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision ». Recueil Dalloz, 2020, p.1185
LIENHARD (A.), RONDEY (C.), « Incidentes juridiques et pratiques des codifications à droit constant », Recueil Dalloz, 2000, p.521
LIONEL (A.) ; THIBIERGE (L.), « Présentation générale » AJ contrats, 2018, p.252
LOIR (R.), « La réforme, le droit de la consommation et le droit de la distribution », Revue des contrats, 2022, p.139
LOISEAU (G.), « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », Droit et patrimoine, septembre 2002, n°107, p. 28
LOISEAU (G.), VIRASSAMY (G.), SERINET (Y.-M.), « Droit des contrats – Chronique », La Semaine Juridique, édition générale, n°07-08, 2022, doctr. 257
LUCAS DE LEYSSAC (C.), CHAGNY (M.), « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique »,Revue des contrats, 2009, n° 3, p.1268

M

MAGNIER-MERRAN (K.), « La rupture brutale : pour un regain de confiance autour du texte », AJ contrat, 2019, p.13
MAINGUY (D.), « Faut-il brûler le droit de la distribution ? » , Recueil Dalloz, 2013, p.1222
MAINGUY (D.) « Loyauté et droit des contrats en droit privé », in PETIT (F.) (dir.), Colloque *Droit et loyauté,* Dalloz, 2015, p. 5
MAINGUY (D.), « Premières vues sur le « droit français nouveau des réseaux de distribution commerciale », La semaine Juridique Entreprises et Affaires, n°48, 2015, p.1579
MAINGUY (D.), « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », Recueil Dalloz, 2016, p.1762
MAINGUY (D.), « Contenu des contrats de distribution et pouvoirs du juge », RLDA, Juill.-août 2016, n°596.
MAINGUY (D.), « Sécurité contenu des contrats de distribution et pouvoir du juge », in colloque Réforme du droit commun du contrat et droit de la distribution, Lille, Lamy, RLDA, N°117, 2016
MAINGUY (D.), RESPAUD (J-.L.) « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin ? », Jurisclasseur, Contrats Concurrence Consommation, n°3, mars 2003, chron 4
MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), « Rupture d'un contrat de distribution : motivation, reconversion, bonne foi », JCP E, 2014, p.1083
MAINGUY (D.), RESPAUD (J-.L.), DESTOURS (S.), DEPINCE (M.), « Droit de la distribution – Chronique », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°50, 2020, p.1522
MALAURIE (Ph.), « Nullité d'une convention de distribution de matériel pour indétermination des prix : recherche si les stipulations du contrat comportent essentiellement des obligations de faire ou au contraire essentiellement des obligations de donner ». Recueil Dalloz, D.1991.501
MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le nouvel article L.442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », Contrats Concurrence Consommation, n°11, 2009, dossier 5
MALAURIE-VIGNAL (M.), « Franchise : défaut de transmission du savoir-faire et requalification du contrat », Contrat Concurrence Consommation n°1, 2012, comm.19
MALAURIE-VIGNAL (M.), « Les apports de la loi Macron en droit de la distribution », Contrats Concurrence Consommation, 2015, n°11, p.256

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le dé-tricotage de la loi Doubin », Contrats Concurrence Consommation n°3, Mars 2016, comm. 65
MALAURIE-VIGNAL (M.), « Une application classique et mesurée de la la Doubin », Contrats Concurrence Consommation, n°3, 2016, comm. 66
MALAURIE-VIGNAL (M.), « La Cour de cassation sanctionne sur le fondement de l'obligation de sincérité des manquements du franchise à l'obligation d'information pré-contractuelle », Contrats Concurrence Consommation, n°1, Janvier 2017, comm. 7
MALAURIE-VIGNAL (M.), « Erreur sur la rentabilité et prévisions manifestement irréalisables », Contrats Concurrence Consommation, 2020, comm. 139
MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le refus d'agrément à l'épreuve du droit civil et du droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation, n°5, 2022, comm. 79
MALLET-BRICOUT (B.), « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », RTD civ., 2016, p.463
MALLET-BRICOUT (B.), « Une ratification multidimensionnelle – A propos de la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018 », RTD civ. 2018, p.740
MARCINKOWSKI (M.), « La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise. AJ contrats, 2016, p.16
MAROT (Y.), « Franchise et propriété de la clientèle : la Cour de cassation a tranché définitivement », Petites affiches, 4 févr. 2003, n° 25, p. 3 s.
MATHEY (N.), « Déséquilibre significatif – Le Conseil constitutionnel valide le contrôle judiciaire du prix », Contrats Concurrence Consommation, n°2, 2019, comm. 23
MATHEY (N.), « Cause du contrat de franchise », Contrats Concurrence Consommation, n°6 2023, comm 98.
MATHEY (N.), « Egalim 3 : loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeur », Contrats Concurrence Consommation, 2023, Etude n°8
MATHEY (N.), « Les règles communes à l'ensemble des contrats spéciaux », Contrats Concurrence Consommation, n°12, 2023, dossier 10
MATHEY (N.), « Application des notions d'indivisibilité et d'intuitu personae en matière de franchise », Contrats Concurrence Consommation, n°7, 2024, comm. 109
MATHEY (N.), « Franchise participative : une voie étroite ouverte au franchisé souhaitant quitter le réseau », Contrats Concurrence Consommation, n°5, Mai 2024, Comm. 77
MAUREL (E.), « Pour une autonomie de l'abus de dépendance en droit des contrats », Revue Lamy droit des affaires, 2022, n°178
MAZEAUD (D.), « La réduction des obligations contractuelles, in colloque *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Université de Chambéry, Revue. Droit et patrimoine, 1998, n°58, p.58
MAZEAUD (D.), « L'attraction du droit de la consommation », in colloque *Droit du marché et droit commun des obligations*, Université de Perpignan, 1997, RTD.com, 1998
MAZEAUD (D.), « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », Recueil Dalloz, 2005, p. 1828
MAZEAUD (D.), « Cause de l'obligation », Revue des contrats, 2005, n°3, p. 684
MAZEAUD (D.), « La révision du contrat », Les petites affiches, 30 juin 2005, p.4
MAZEAUD (D.), « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », Recueil Dalloz, 2007, p.765
MAZEAUD (D.), « Cause », Revue des contrats, 2009, n°1, p.49
MAZEAUD (D.), « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution », Recueil Dalloz, 2013, p.2617
MAZEAUD (D.), « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », Recueil Dalloz, 2014, p.291
MAZEAUD (D.), « Sur les standards » : Revue de droit d'Assas, févr. 2014, n° 9, p. 35
MAZEAUD (D.), « A propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile… », Recueil Dalloz, 2014, p.1915
MAZEAUD (D.), « La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats », in La violence économique, A l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Recueil Dalloz, 2017, p.30
MAZEAUD (D.), « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », Recueil Dalloz, 2018, p.912
MAZEAUD (D.), « Lésion », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2018, n°53
MAZEAUD (V.), « Accident de la circulation et droit commun de la responsabilité civile », Gazette du palais, n°17, p.9, 2024
MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des contrats », Recueil Dalloz, 2015, p.816
MEKKI (M.), « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain ! », Gazette du palais, 2016, n°01, p.18
MEKKI (M.), « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », Revue des contrats, 2016, n°02, p.400
MEKKI (M.), « Qui dit contractuel, dit juge ? », Gazette du palais, 2016, n°14

MEKKI (M.), « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », Gazette du palais, n°262d5, 2016, p.15
MEKKI (M.), « Plaidoyer pour une rectification à a marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations », Gazette du palais, 2017, n°305y0, p.11
MEKKI (M.), « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, AJ contrats, 2017, p.462
MEKKI (M.) « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », Dalloz, 2018, Chron p.900
MEKKI (M.), « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général à la preuve des obligations ». in réforme des obligations, Recueil Dalloz, 2017, p.6
MEKKI (M.), « Réforme du droit des contrats : la caducité, Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°2, 2017, act.126
MEKKI (M.), « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », Dalloz, 2018, p.900
MEKKI (M.), « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! », in colloque *Le contrat d'adhésion*, Revue des contrats, n°02, 2019, p.112
MERCADAL (B.), Réforme du droit des contrats : ordonnance du 10 février 2016, Editions Francis Lefebvre, 2016, n°603 et s.
MERCADAL (B.), « Feu le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil sur l'imprévision », BRDA 2019/2020, 22
MESTRE (J.), « Nouvelle zone de turbulence pour l'article 1129 du code civil », RTD civ. 1991, p.322
MESTRE (J.), « Le point sur l'application de l'article 1129 au 31 décembre 1991 », RTD civ. 1992, p.87
MESTRE (J.) « Une bonne foi franchement conquérante… au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat », RTD Civ. 1993, p.124
MESTRE (J.), « D'un certain contrôle judiciaire des prix contractuels », RTD civ, 1994, p.346
MESTRE (J.), « Où est sanctionnée la rupture de relations commerciales régulières ». RTD civ, 1995, p.885
MESTRE (J.), « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », RTD civ., 1999, p.98
MESTRE (J.) « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », RLDC, 2009, p.9
MILLERIOUX (G.), « La subsidiarité de l'article 1171 du Code civil », Gazette du Palais, n°09, 2022, p.20
MOLFESSIS (N.), « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat ». Petites affiches 1998, n°117, p.21
MOLFESSIS (N.), « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », RTD civ. 2000, p.186
MOLFESSIS (N.), « L'avènement du droit de la codification à droit constant », RTD civ. 2002, p.592
MOLFESSIS (N.), « La prétendue liberté des juges du fond dans le choix des méthodes d'interprétation de la loi », RTD Civ, 2003, p.154
MOLFESSIS (N.), « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004 Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.335
MOLFESSIS (N.), « Le renvoi d'un texte à un autre », Cahiers n°20 – RRJ – 2005
MOLFESSIS (N.), « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », JCP G, n°52, 2015, p.1415
MOLFESSIS (N.), « L'imprévision, une fausse avancée par rapport aux clauses de Hardship ? », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires,* LexisNexis, 2017 p.80
MONTELS (B.), « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », RTD com. 2002, p.417
MONNERIE (N.), « Le cas des enquêtes menées par l'Autorité de la concurrence sous le prise des pouvoirs de contrôle de l'autorité judiciaire », Dalloz actualité, 7 novembre 2024
MOUIAL BASSILANA (E.), « Abus de dépendance et clauses abusives », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 1re éd, 2017, p.60
MOUJAL-BASSILANA (E.), « abus de dépendance et clauses abusives », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 53.
MOULY-GUILLEMAUD (C.), « La brutalité d'une rupture prévisible », Recueil Dalloz, 2016, p.2203
MOULY-GUILLEMAUD (C.), « Répercussion de la crise économique, perte de rentabilité d'une relation ou prévisibilité de la rupture : la brutalité en quête de sens ». RTD com. 2016, p. 385
MOULY-GUILLEMAUD « Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels », Recueil Dalloz, 2019, p.2102
MOURY (J.), « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », AJ contrats, 2016, p.124
MOURY (J .), « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats, Recueil Dalloz, 2016, p.1013

MOYA (K.), « La violence économique peut être invoquée par un avocat contre son client, mais s'agit-il d'une violence ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°27, 7 juillet 2022, p.1242
MOYSAN (H.), « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », Droit Administratif, n°4, 2002, chron. 7

N

NOBLOT (C.), « La clause de divisibilité ou d'indépendance à l'aune de l'article 1186 du Code civil », Contrats Concurrence Consommation, n°5, Mai 2017, form.5
RASANDRATANA (D.), « Essai d'une analyse économique de la notion de contrepartie en droit des contrats », RTD com. 2021, p.1
RAYNOUARD (A.), « Le contrat, outil de prévision, et la révision pour imprévision : la place du risque dans l'exécution du contrat », La semaine Juridique édition générale, n°12, 2023, doctr. 397
RECEVEUR (B.), « Droit commun des contrats versus Covid-19 : quelles réplique à la crise sanitaire ? – Esquisse d'un bilan épidermique des mesures et conséquences en la matière », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°21, 2022, p.1200
RETTERER (S.), « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », Recueil Dalloz, 2003, p.1210
REVET (T.) « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », Recueil Dalloz, 2015, p. 1217
REVET (T.), « Le juge et la révision du contrat », Revue des contrats-n°02, 2016, p.373
REVET (T.), « Les critères du contrat d'adhésion », Recueil Dalloz, 2016, p.1771
REVET (T.), « Une philosophie générale ? », in colloque La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, Revue des contrats, n°112y5, 2016, p.5
REVET (T.), « L'incohérent cantonnement, par l'assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », Dalloz, 2018, Chron, p.214
REVET (T.), « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », RDC, 2019, n°116d0, p.106
REYGROBELLET (A.), « La déséquilibre significatif » in dossier Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Bulletin Joly, Sociétés, n°09, 2016, p.534
RIEM (F.), « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », Revue Lamy de la concurrence, n°21, oct.-déc. 2009, p.31
RIERA (A.), « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », AJ contrats, 2016, p.20
RIERA (A.), « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », AJ contrats, 2017, p.155
ROBIN (C.), « Conditions de vente », Dictionnaire de la concurrence, Concurrences, art n°107167
ROBINEAU (Y.), « A propos des limites d'une codification à droit constant », AJDA, 1997, 655
ROCHFELD (J.), « A la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats : l'apport des pratiques restrictives de concurrence », Revue Juridique de l'Ouest, 2004, p.480 et s.
RODA (J.-C.), « Vers une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique », Recueil Dalloz, 2016, p.1304
RODA (J-C.), « La loi de ratification du 20 avril 2018 : aspects de droit transitoire », AJ contrats, 2018 p.313
ROGUE (F.), « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? », Recueil Dalloz, 2018, p.1559
ROME (F.), « Clauses abusives : les trente glorieuses… », Recueil Dalloz, 2008, p.2337
RONTCHEVSKY (N.), « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », 2016, AJ contrats, p.112
ROUHETTE (G.), « La révision conventionnelle du contrat », Revue internationale de droit comparé, 1986, 38-2, p.376-377
ROUVIERE (F.), « Révision pour imprévision : l'impératif économique est-il un impératif juridique ? » RTD civ. 2020, p.738
ROUVIERE (F.), « L'image traditionnelle de la Cour de cassation est-elle un frein à sa réforme ? », RTD civ, 2020, p.985

S

SAUVAGE (F.), « Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités », AJ fam. 2016, p.475
SAVALL (H.), « Vers une transcendance de deux grands courants de pensée économique : l'œuvre de PERROUX (F.) », in *Le centenaire d'un grand économiste*, Economica, Paris, 2005, 170p.
SAVAUX (E.), « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision », Revue des contrats, 2010, p.105

SAVAUX (E.), « Toujours la cause, avec des interrogations sur le rôle de la Cour de cassation en matière de contrôle de son existence », RDC, LGDJ, 2014, n°110r6. p.342
SAVATIER (R.), « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », RTD civ, 1934, p.525
SEUBE (J-.B.), MOUSSERON (P.), GRIGON (Ph.), LOIR (R.), « Contrat – Technique contractuelle- Chronique », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires ,N°24, 16 juin 2016, p.1363
SIRINELLI (P.), « L'équilibre dans le contenu du contrat », Dalloz, IP/IT, 2016, p.240
SOUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises » », La Semaine Juridique Edition Générale, n°14, 2009
STRICKLER (Y.), « Sanction de la compétence d'un tribunal de commerce spécialisé – Incompétence ou fin de non-recevoir », Procédures, n°12, 2023, comm. 315
STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », Recueil Dalloz, 2002, p.1974
STOFFEL-MUNCK (P.), « Les résultats de la codification », Revue juridique de l'Océan Indien, 2004, p.127
STOFFEL-MUNCK (P.), « Les clauses abusives : en attendant Grouchy », Droit et patrimoine, 2014, n°240, p.56
STOFFEL-MUNCK (P.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrats », Revue des contrats, 2016, p.30
STOFFEL-MUNCK (P.), « Réforme du droit des contrats : apports et incertitudes », Justice et Cassation, 2017, p.264
STOFFEL-MUNCK (P.), « Les sanctions unilatérales : opportunité ou danger ? », in *La réforme du droit des contrats, incidences sur la vie des affaires,* Lexisnexis, Colloques et Débats, 2017, p.124
STOFFEL-MUNCK (P.), « Le cantonnement du domaine de l'article 1171 : un joli coup pour la démocratie ? », Revue des contrats, n°02, 2022
STURLESE (B.), « Le standard juridique serait-il ainsi l'ennemi de la sécurité contractuelle ? », Revue des contrats, 2016, n°113h1, p.398

T

TALON (D.), « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », Recueil Dalloz, D.1992, p.67
TERRE (F.), « La « crise de la loi » », Archives de philosophie. du droit, 1980, t.25, *La loi,* p.17
TERRE (F.), OUTIN-ADAM (A.), « Codifier est un art difficile (à propos d'un… « code de commerce »), Recueil Dalloz, 1994, p.99
TEYSSIER (C.), « L'imprévision : un bilan mineur pour une innovation majeure du droit des contrats », Contrats Concurrence Consommateur, n°6, Juin 2023, étude 7
THAUMIAUX (J.-L.), « Le juge consulaire face à la réforme du droit des contrats », Petites affiches, n°261, p.30
THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ., 1997, p.369
THREARD (J.), « Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur ? », RTD com. 1972, p.537
TIQUANT (O.), « Rétablir l'autorité de la loi… Doubin », Recueil Dalloz, 2002, p.2597
TITONE (T.), « L'introduction d'un droit des « réseaux de distribution commerciale » par la loi Macron », Revue Lamy de la concurrence, 2016, n°46
TROFIMOFF (H.), « Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats », Rev. Hist. Droit, 1994, p.203
TOULOUSE (G.), « L'information précontractuelle due au candidat franchisé par le franchiseur ne se limite pas nécessaire à la liste fournie par l'article R.330-1 du Code de commerce ». L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, 2017, n°01, p.5
TUNC (A.), « La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », Revue internationale de droit comparé, 1975, p.826

V

VIGNEAU (V.), « Un nouvel espace pour le droit des affaires », in un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires, Lextenso, Gazette du Palais, hors-série n°3, 2017, p.23
VINCENT (C.), « Réformes récentes du droit des sociétés – Évolution de 2000 à 2011 », Jurisclassseur sociétés Traité, Fascicules 3-12, 2015
VIRASSAMY (G.), « S'agissant d'un contrat conclu pour une durée déterminée qui a été régulièrement dénoncé avant son expiration, le concédant n'a pas à tenir compte des investissements réalisés par le concessionnaire et il n'est pas tenu de motiver sa décision », Recueil Dalloz, 1995, p.355
VOINOT (D.), « La négociation des contrats de la grande distribution », AJ contrats, 2016, p.316
VOGEL (L.), « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution ». Recueil Dalloz, 1995, p.155

VOGEL (L.), « Loi Macron : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux, et inadapté », AJ contrats, 2015, p.512
VOGEL (L.), « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », AJ contrats, 2016, p.309
VOGEL (L.), « Panorama de la rupture de relations commerciales établies : un droit à réformer. AJ contrat, 2016, p.460
VOGEL (J.) « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? », AJ contrats, 2017, p.470
VOGEL (L.) ; VOGEL (J.), « La réforme du droit des relations commerciales par la loi Egalim », AJ contrats 2018, p.510
VOGEL (J.), « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », AJ contrats 2019, p.208
VOGEL (L.), « Egalim 3 : une sanctuarisation bienvenue du régime spécifique applicable aux grossistes », L'essentiel du Droit de la distribution et de la concurrence, 2023, n°05, p.3

W
WICKER (G.), « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », Recueil, Dalloz, 2020, p.1906
WILHELM (P.), DUMUR (E.), « Concurrence – La constitutionnalité des pratiques restrictives. – A propos de la décision n°2022-1011 QPC du 6 octobre 2022 », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°51-22, 2022, p.1414

IV. RAPPORTS, OBSERVATIONS, SITES INTERNET

CEDRAS (J.), « Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de cassation 2003*, p.215
GAUCIERE (B.), LOIRIEUL (V.), REDON (D.), « Effets de la réforme du droit des obligations sur la pratiques des contrats de distribution », CMS Franchis Lefebvre, LEXplicite, [En ligne] : https://www.lexplicite.fr/reforme-du-droit-des-obligations-sur-la-pratique-des-contrats-de-distribution/ consulté le 23 novembre 2014.
GOUACHE (J.-B.), « Loi franchise : 20 ans après la loi Doubin », Conférence sur la franchise par maître Gouache (11 mai 2010) – http://www.toute-la-franchise.com/video-202-conference-sur-la-loi-doubin-maitre-gouache.html , consulté le 23 novembre 2024.
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 de la preuve des obligations. JORF n°0035, 2016
Simon Associés, La lettre des réseaux, n° spécial Loi Macron, Volet relatif aux relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail, p. 14

V. PROPOSITIONS DE LOI ET DE REFORME, PRESSE

BÉNABENT et al., Association Henri Capitant, *Offre de réforme du droit des contrats spéciaux* remis à la Chancellerie, 26 juin 2017, mis à jour en 2020.
CATALA (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (C. civ., art. 1101 à 1386) et du droit de la prescription (C. civ., art. 2234 à 2281)*, Rapport à Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 septembre 2005, La Documentation française, 208p.
Avant-projet de la Chancellerie, 2008 pour le droit des contrats, 2011 pour le régime général et la preuve des obligations
STOFFEL-MUNCK (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du Droit des contrats spéciaux*, juillet 2022, 175p.
MOLFESSIS (N.), « le Code civil n'est plus l'alpha et l'oméga du droit français », Les Echos, du 8 mars 2004.
Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Catala (dir.), remis au Garde des Sceaux en 2005
Proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique. 28 avril 2016, texte **n°722** adopté par l'Assemblée nationale**.**
Proposition de loi n°575 visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation, enregistrée le 29 novembre 2022. La proposition de loi parle même de « *période d'hyperinflation ».*

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus :
- dans la fixation unilatérale du prix, 464
- de l'état de dépendance économique de droit spécial, 220 et s., 350 et s.
- de l'état de dépendance de droit commun, 351 et s.

Accessibilité : 389, 694, 848 et s**.**

Adage : v. specialia generalibus derogant
v. pacta sunt servanda

Adhésion : 86, 311 et s., 648 et s.

Articulation :
- adage specialia generalibus derogant : v. specialia generalibus derogant
- en matière d'abus de l'état de dépendance : 579 et s.
- en matière d'évolution du prix : 472, 473
-- en matière d'articulation de l'obligation d'information précontractuelle : 552 et s.
- en matière de CGV : 424 et s.
- en matière de déséquilibre significatif : 504 et s.
- en matière de rupture brutale : 530 et s.
- par l'article 1105 du Code civil : 676 et s., 722 et s.
- par le juge : 776 et s.
- règle - proposition : 815 et s.
- dans la technique : 04, 407, 723 et s., 802 et s.

Autonomie de la volonté : 45 et s., 90 et s.

B

Bonne foi : 60 et s., 205 et s., 212 et s., 301 et s., 343 et s.

C

Caducité : 603 et s.

Cause : 102 et s., 357 et s., 642

Chronologique: 28

Clause :
- de Hardship : 249, 665
- de non-concurrence : 169 et s.
- de renégociation : 338, 438., 613, 666

Clientèle : 173 et s.

Complémentarité : 766, 772., 890 et s.

Comptes prévisionnels : 203 et s., 697

Conditions générales : 210 et s., 412 et s.

Consensualisme : 53, 54

Consentement : v. vices du consentement

Contrat :
- à durée déterminée : 150 et s., 282,, 375
- à durée indéterminée : 152 et s., 375 et s.
- d'adhésion : 86 et s, 311 et s., 648 et s.

Contrat de distribution : 17 et s., 132 et s., 832 et s, 861 et s

Contrepartie :
- en droit commun : 103 et s., 365 et s., 700 et s.
- en droit spécial : 239 et s., 447 et s.

Cumul : 27 et s., 515 et s., 673 et s., 737, 784, 808, 832, 844

D

Déformation (du droit commun) : 23 et s.,40, 179 et s.,881

Déséquilibre significatif
- de droit commun **:** 324 et s., 504 et s., 796
- de droit spécial : 225 et s., 436 et s., 506 et s., 221 et s., 710 et s., 794 et s.

Distribution : v. contrats de distribution

Distribution sélective : 486 et s.

Doubin : v. Obligation d'information, droit spécial, loi Doubin

Droit commun (domaine d'étude) : 12 et s.

Droit spécial (domaine d'étude) : 14 et s.

E

Equité : 74 et s.

Erreur sur la rentabilité : 206 et s., 560 et s.

F

Force obligatoire du contrat : 55 et s.

H

Hiérarchie des normes : 728 et s., 732 et s.

I

Imprévision : 68 et s., 607 et s., 256 et s., 663 et s.

Incompatibilité : 8,

Indivisibilité :
- de droit commun : 306 et s., 596 et s.
- de droit spécial : 271 et s., 307

Information : v. obligation d'information

Interprétation : ., 64 s., 512., 680 et s.

J

Juge :
- absent : 692
- créateur : 628 et s.

L

Laboratoire : 187., 114, 172 et s., 290, 376 et s.

Législateur (en retrait) : 677, 731 et s

Lésion : 73 et s., 433., 453 s.

Liberté contractuelle : 50, 81 et s.

M

Macron (loi Macron du 6 août 2015) : v. indivisibilité

Motivation : v. obligation de motivation

N

Non-concurrence : v. clause de non-concurrence

O

Obligation d'information
- Droit commun Article 1112-1 : 303 et s., 556 et s., 696., 743
- Droit spécial, loi Doubin : 192 et s., 298 et s., 322 et s., 542 et s., 556.,

Obligation de motivation : 165, 380 et s.

P

Pacta sunt servanda : v. force obligatoire

Pratiques restrictives : 8 et s., 164 et s., 222 et s., 362 et s.

Préavis : 76, 258 et s., 377, 522.

Prévisibilité juridique : 686 et s.

Prévisionnels : 203 et s., 697

Principe de cohérence : 161 et s.

Prix
- contrôle du prix au sein du contrat cadre : 122 et s.
- contrôle de la fluctuation des prix en matière agricole : 246 et s.
- contrôle par l'absence de contrepartie : 244 et s.
- contrôle par le biais de la contrepartie : 443 et s.
- contrôle par le biais du déséquilibre significatif : 436 et s.
- fixation unilatérale du prix :464, 465
- recherche de fixité du prix : 470 et s.

Proportionnalité : 103 et s.,360 et s.

Protection de la partie faible : 12 et s.

Protection de la partie faible : 22, 181, 479, 489, et s., 741,

R

Réforme :
- avant-projet de réforme des contrats spéciaux : 317 et s.,, 821
- du droit commun des contrats : 295 et s.., 862, 871

Règle hiérarchique : 672

Règle temporelle : 671

Relation établie : 257 et s.

Renégociation : v. clause de renégociation

Révision pour imprévision : v. imprévision

Rupture brutale :
- de droit commun : 152 et s., 528 et s.
- de droit spécial : 253 et s., 523 et s., 528 et s., 537 et s.

S

Significatif : v. déséquilibre significatif

Solidarisme : 90, 321 et s., 282

Souplesse : 386 et s., 778et s.

specialia generalibus derogant : 30 et s., 669 et s., 724 776

spécialisation des juridictions : 764 et s.

Standards juridiques : 35 et s., 636et s.

Subsidiarité : 32 et s., 507 et s., 532, 728 et s., 743 et s., 888

U

Unilatéralisme : 462 et s.

V

Violence : 351 et s., 568, 656

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 1

I. L'intérêt renouvelé de l'étude de l'articulation du droit commun et du droit spécial 3
A) L'émergence de nouvelles questions à l'occasion de l'ordonnance du 10 février 2016 3
B) Le prisme révélateur des contrats de distribution 5
II. Un phénomène de rapprochement entre deux droits aux philosophies différentes 5
A) Les philosophies initiales du droit commun et du droit spécial des contrats 6
B) Une convergence des droits autour de la figure particulière des contrats de distribution 9
1) Les particularités des contrats de distribution 9
2) La convergence des droits au service de l'encadrement des contrats de distribution 11
III. La démarche de recherche 13
A) Méthode chronologique 13
B) Analyse critique 14

PARTIE 1 : LE MOUVEMENT DE CONVERGENCE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS ET DU DROIT SPECIAL DE LA DISTRIBUTION AUTOUR DE L'OBJECTIF DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE 19

TITRE I : LA TENTATION DE LA DEFORMATION DU DROIT COMMUN EN L'ABSENCE DE DROIT SPECIAL 21

Chapitre 1 : Les raisons de la tentation de déformation du droit commun 21
Section 1 : Le postulat de l'autonomie de la volonté 22
Paragraphe 1 : Un principe liant les parties par leur volonté 22
I. La naissance de l'autonomie de la volonté 22
II. Les conséquences de l'autonomie de la volonté 24
A) Le principe de liberté contractuelle 24
B) Le consensualisme 25
C) La force obligatoire du contrat entre les parties 26
Paragraphe 2 : Un principe liant le juge à la volonté des parties 28
I. Le juge lié par la volonté des parties 28
A) L'interdiction de dénaturer le contrat 28
B) Le pouvoir d'interprétation limité du juge 29
II. L'interdiction pour le juge de réviser le contrat 30
A) Le refus de la révision pour imprévision 30
B) La limitation de la révision pour prix excessif dans la formation du contrat 32
Section 2 : Une déformation nécessaire pour faire face à la naissance de contrats structurellement déséquilibrés 34
Paragraphe 1 : L'avènement de contrats marqués par un déséquilibre 34
I. Des contrats s'inscrivant dans un nouveau contexte économique 34
A) Le bouleversement du monde économique du XXème siècle 34
B) Le nécessaire recul de la liberté des parties 36
II. Des contractants nécessitant davantage de protection 37
A) Des contrats déséquilibrés 37
B) Des contrats standardisés s'inscrivant dans la durée 39
Paragraphe 2 : Les insuffisances de l'autonomie de la volonté face aux contrats de distribution 41
I. Une sociabilisation du contrat 41
II. L'autonomie de la volonté : un principe inadapté aux contrats déséquilibrés 43

CONCLUSION CHAPITRE 1 45

Chapitre 2 : Les manifestations de la tentation d'une déformation du droit commun 47
Section 1 : Les manifestations au stade de la formation du contrat 47
Paragraphe 1 : Le recours à la cause du contrat 47
I. Le mouvement de subjectivisation de la cause 47

A) Un contrôle de la proportionnalité du contrat par la cause objective 48
B) Un contrôle de la proportionnalité encadré 49
II. L'utilisation opportuniste de la cause 51
A) Une déformation multiple de la notion de cause 51
B) La mise en retrait provisoire de la cause 52
Paragraphe 2 : Le recours à l'objet du contrat 53
I. L'objet comme instrument du juge dans le contrôle du prix 54
A) Le tâtonnement des juges dans la recherche d'un fondement juridique 54
B) Une déformation de l'article 1129 du Code civil 55
II. Une déformation du droit manquant de lisibilité 56
A) Le critère flou de l'obligation de faire ou de donner 56
B) Des solutions opportunes cherchant à protéger la partie faible 57
Section 2 : Les manifestations au stade de l'exécution et de l'extinction du contrat 60
Paragraphe 1 : Au stade de l'exécution 60
I. Une obligation de renégocier le contrat 60
II. Une obligation avortée de réviser le contrat 61
Paragraphe 2 : Au stade de l'extinction du contrat 62
I. Des limitations dans la liberté de rompre 62
A) Vers une interdiction de rompre brutalement les relations commerciales 63
1) La rupture de la relation commerciale possible dans la limite de l'abus 63
a) L'abus dans le non-renouvellement de contrat à durée déterminée 63
b) L'abus dans la rupture du contrat à durée indéterminée 64
2) Les prémices de l'interdiction de rupture brutale des relations du droit spécial de la distribution en droit commun des contrats 65
B) La découverte d'un principe de cohérence contractuelle 67
1) La portée du principe de cohérence en droit de la distribution 67
2) Les limites du principe de cohérence en droit de la distribution 68
II. L'aménagement de la rupture des contrats de distribution 70
A) Le contrôle de la proportionnalité des clauses de non-concurrence dans les contrats de distribution 70
B) L'absence d'indemnisation de la perte de clientèle 71

CONCLUSION CHAPITRE 2 73

CONCLUSION TITRE I 75

TITRE II : LES ENRICHISSEMENTS DU DROIT SPECIAL EN REACTION AUX LACUNES DU DROIT COMMUN 77

Chapitre 1 : Les bénéfices de l'enrichissement du droit spécial 79
Section 1 : Les bénéfices de l'enrichissement au stade de l'établissement des relations 79
Paragraphe 1 : Les enrichissement concernant la négociation du contrat 79
I. L'obligation d'information renforcée par la loi Doubin 80
A) La loi Doubin en complément de l'information de droit commun 80
1) Une volonté de garantir un engagement éclairé 80
2) Le droit commun garant du respect de la loi 81
B) Une exigence d'information aux contours flous 83
1) La sanction traditionnelle en matière de prévisionnels 83
2) La sanction nouvelle de l'erreur sur la rentabilité 84
II. Les conditions générales de vente point de départ des négociations 86
A) Une utilisation déséquilibrante des conditions générales par la partie forte 87
B) L'utilité d'un renforcement des conditions générales de vente face aux conditions générales d'achat 88
Paragraphe 2 : Les enrichissements concernant la validité du contrat 89
I. L'interventionnisme du droit de la concurrence dans l'équilibre du contrat 89
A) Les origines du standard du déséquilibre significatif 89
B) L'évolution du standard du déséquilibre significatif 91
1) Un nouveau standard inspiré du droit de la consommation 92
2) Un déséquilibre significatif difficile à borner 93

a) Une définition en construction 93
b) L'étendue du champ d'intervention de la notion de déséquilibre significatif 96
II. Le contrôle du prix par la sanction de l'absence de contrepartie 98
Section 2 : Les bénéfices de l'enrichissement aux stades du développement et du dénouement des relations 100
Paragraphe 1 : L'encadrement de l'évolution des relations 100
I. Un encouragement des parties à renégocier 100
II. Le contrôle de la fluctuation des prix du domaine agricole 101
Paragraphe 2 : L'encadrement de la cessation des relations 102
I. Le maintien forcé du contrat par l'interdiction du déréférencement brutal 102
A) Une interprétation évolutive du texte 103
1) La notion de relation commerciale établie 103
2) La notion de rupture brutale 104
B) Des sanctions spécifiques encourues 106
1) Du gain manqué à la perte éprouvée 106
2) La place du comportement de la victime 108
II. La mise en place d'une indivisibilité légale 110
A) Un encadrement imprécis de la durée des contrats de distribution 110
1) Une loi souhaitée 110
2) Une loi conquérante au champ d'application imprécis 111
a) Imprécision du texte quant aux personnes visées 112
b) Imprécision du texte quant aux conditions d'application 112
B) Les conséquences néfastes d'une loi dirigiste 113
1) Les contraintes de l'indivisibilité légales en pratique 113
2) Des stipulations post-contractuelles restrictives de liberté 115
CONCLUSION CHAPITRE 1 117
Chapitre 2 : L'émergence d'un nouveau droit commun inspiré par l'enrichissement du droit spécial de la distribution 119
Section 1 : L'émergence d'un nouveau droit commun se rapprochant du droit spécial 121
Paragraphe 1 : Un nouveau droit commun s'inspirant du droit spécial 121
I. Les raisons de la nécessité d'un nouveau droit commun 122
II. L'influence du droit spécial sur le nouveau droit commun 123
A) L'influence en matière d'obligation d'information précontractuelle 124
B) L'influence en matière d'indivisibilité contractuelle 125
Paragraphe 2 : Un droit commun intégrant des mécanismes de correction des déséquilibres 126
I. Une meilleure correction des déséquilibres au sein du contrat mimant le droit spécial 127
A) La figure nouvelle du contrat d'adhésion 127
1) Une reconnaissance entrainant un changement de philosophie du droit des contrats 127
2) L'importante définition du cadre du nouveau contrat d'adhésion 130
a) Les évolutions d'une définition nécessitant des éclaircissements 130
b) Les effets attachés à la détermination du contrat d'adhésion 131
B) L'intégration de la notion de déséquilibre significatif en droit commun des contrats 133
1) Une notion autonome à définir 134
a) La singularité d'une notion tirée du droit spécial des contrats 134
b) Une notion à définir 135
2) Les sanctions de droit commun des contrats du déséquilibre significatif 137
II. Une correction des déséquilibres à rebours de l'ancien droit commun 139
A) L'admission de la révision pour imprévision 139
1) L'influence du droit spécial dans l'admission du revirement de la révision pour imprévision 139
2) Des différences dans la mise en œuvre de la révision pour imprévision 141
a) Le sort du contrat entre les mains des parties 142
b) Le sort du contrat entre les mains du juge 144
B) La reconnaissance légale de l'abus de l'état de dépendance 145
Section 2 : Un droit commun en possible contrariété avec le droit spécial 147

Paragraphe 1 : Des risques de divergences entre droit commun et droit spécial dans la formation du contrat 148
I. La disparition par éclatement de la cause 148
A) La notion de cause remplacée par celle de contrepartie convenue 148
B) Une notion à la portée incertaine 149
II. Des contrariétés dans la détermination du prix de vente 152
A) La fixation conventionnelle du prix 152
B) La fixation unilatérale du prix 153
Paragraphe 2 : Des risques de divergence entre droit commun et droit spécial lors de la rupture du contrat 155
I. La réaffirmation de la liberté de rupture du contrat en droit commun 155
II. Une vision de la rupture éloignée du droit spécial des contrats de distribution 156
A) L'absence d'obligation de motivation en cas de non renouvellement du contrat 157
B) La résolution pour inexécution du contrat 158

CONCLUSION CHAPITRE 2 161

CONCLUSION TITRE II..... 163

CONCLUSION PARTIE 1 165

PARTIE 2 : LA COEXISTENCE DU DROIT COMMUN ET DU DROIT SPECIAL AUTOUR DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE 169

TITRE I : LA RIVALITE ENTRE LE DROIT COMMUN ET LE DROIT SPECIAL DES CONTRATS 171
Chapitre 1 : Une rivalité forte en raison d'importantes divergences 172
Section 1 : Une rivalité dans la conduite des négociations du contrat 172
Paragraphe 1 : Des divergences dans la communication des conditions générales de vente 173
Paragraphe 2 : Le règlement des conflits entre conditions générales de ventes et d'achat 174
I. L'avantage des conditions générales de vente par comparaison aux conditions d'achat 174
II. Le traitement des oppositions entre les conditions générales de chacune des parties 175
A) Des conditions générales solutionnant différemment des problématiques communes 175
B) Des conditions générales de vente et d'achat discordantes 176
C) Des conditions générales face aux conditions particulières 179
Section 2 : Une rivalité dans le résultat des négociations du contrat 180
Paragraphe 1 : Une rivalité dans le contrôle de la fixation du prix initial au sein du contrat 181
I. Un contrôle du prix de plus en plus poussé en droit de la distribution 181
A) La reconnaissance du contrôle judicaire du prix par le déséquilibre significatif 182
B) La reconnaissance du contrôle judiciaire du prix par la contrepartie 184
1) Un contrôle rendu possible par l'évolution législative de la notion de contrepartie 184
2) Un contrôle rendu possible par l'évolution jurisprudentielle de la notion de contrepartie 185
II. Un contrôle du prix à rebours de la philosophie du droit commun 189
A) Le refus de principe de la nullité de la lésion en droit commun des contrats 189
B) L'absence de reconnaissance par exception de cas de lésion en droit commun source de conflits 191
Paragraphe 2 : Rivalité dans le contrôle de l'évolution du prix au sein du contrat 193
I. Deux conceptions opposées de l'unilatéralisme dans le contrat 194
A) Une confiance croissante accordée à la volonté unilatérale d'une partie en droit commun des contrats 194
B) Une position de défiance face à la volonté unilatérale d'une partie en droit spécial des contrats 196
II. Un encadrement de l'évolution du prix par une supplantation du droit spécial 198

CONCLUSION CHAPITRE 1 201
Chapitre 2 : Une rivalité limitée en raison d'aspirations communes 203
Section 1 : Un nouveau droit commun dans le prolongement du droit spécial des contrats de distribution 203

Paragraphe 1 : Les apports limités du nouveau droit commun dans les mécanismes de rééquilibrage des contrats 204
I. Le double mouvement de la bonne foi en droit commun et droit spécial des contrats 204
A) Une absence de renouveau du principe en droit commun des contrats 204
1) L'exigence de bonne foi au stade de la négociation du contrat 205
2) L'exigence de bonne foi au stade de l'exécution et de la rupture du contrat 210
B) Une portée large de la bonne foi instrumentalisée en droit spécial des contrats 211
II. La décevante articulation entourant le déséquilibre significatif 213
A) Le déséquilibre significatif du droit commun des contrats strictement délimité 213
1) Le droit commun écarté par respect des travaux parlementaires 214
2) Les regrets de cette mise à l'écart du droit commun 217
B) Le déséquilibre significatif du code de commerce en pleine expansion 220
Paragraphe 2 : Le support du droit commun en matière de rupture brutale des relations contractuelles 221
I. Rapprochement progressif du droit commun et du droit spécial en matière de rupture brutale des relations contractuelles 222
II. Une articulation du droit commun et du droit spécial progressivement précisée par les juges en matière de rupture brutale 224
A) La possible indemnisation de la rupture brutale sur le fondement du droit commun et du droit spécial 225
B) La prééminence du droit spécial dans l'échec de la négociation annuelle 227
Section 2 : Un nouveau droit commun vers un dépassement du droit spécial des contrats de distribution 230
Paragraphe 1 : Un dépassement du droit spécial potentiellement important 230
I. Les espoirs d'un renforcement contractuel de la protection précontractuelle par le droit commun des contrats 230
A) Le déclin de l'information précontractuelle de la loi Doubin 230
1) Une diminution de l'exigence dans la transmission de l'information 231
2) Un amenuisement des sanctions encourues 232
B) Les apports prudents de l'article 1112-1 du Code civil en droit de la distribution 233
1) L'apport de l'article 1112-1 dans l'étendue du champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle 234
2) L'apport de l'article 1112-1 du Code civil dans les sanctions du non-respect de l'obligation précontractuelle 236
II. L'objectif commun de protection de abus de dépendance de droit commun et de droit spécial 238
A) Les espoirs nourris par l'abus de dépendance de droit commun 239
B) Les possibles évolutions de l'abus de l'état de dépendance de droit commun face au droit spécial 241
1) Les incertitudes entourant un éventuel assouplissement de l'abus de l'état de dépendance de droit commun 241
2) Des incertitudes entourant l'articulation des articles de droit commun et droit spécial en matière de violence économique 243
a) Des intérêts propres à chaque texte 244
b) L'intérêt de prévoir l'articulation des textes 245
Paragraphe 2 : Un dépassement du droit spécial relatif 246
I. Le droit commun concurrencé par le droit spécial en matière d'interdépendance contractuelle 247
A) Une volonté commune de protection des contrats de distribution par le droit spécial et le droit commun en matière d'interdépendance contractuelle 248
1) Du point de vue des personnes visées 248
2) Du point de vue des conditions de mise en œuvre et des sanctions applicables 249
B) Des effets limités dans l'amélioration de la protection des contrats de distribution en matière d'interdépendance contractuelle 250
1) Un rapprochement du droit spécial et du droit commun sur la non-divisibilité volontaire des contrats 250

2) L'absence de confirmation de l'existence d'une option des juges dans le choix de l'application des sanctions applicables 252
II. Le droit commun concurrencé par le droit spécial en matière de révision du contrat en raison de l'impact limité de l'article 1195 du Code civil sur les contrats de distribution 254
A) Les causes de l'influence modeste de l'article 1195 du Code civil 255
B) Les possibilités d'un regain d'intérêt de l'article 1195 du Code civil 257

CONCLUSION CHAPITRE 2 261

CONCLUSION TITRE I..... 263

TITRE II : LA COMPLEMENTARITE ENTRE LE DROIT COMMUN ET LE DROIT SPECIAL DES CONTRATS 265

Chapitre 1 : Une complémentarité assurée par le juge 265
Section 1 : Les craintes d'un juge trop présent 265
Paragraphe 1 : Un nouveau droit commun enrichissant le pouvoir potentiel des juges 266
I. Les craintes d'un pouvoir créateur important du juge dans le contrat 266
A) Les raisons de la crainte d'un retour du « juge créateur » 267
B) Les textes du nouveau droit commun des contrats, terreau favorable à l'interprétation des juges 269
1) Le lien unissant standards juridiques et contrats de distribution 269
2) Les risques accrus d'interprétation créatrice du juge pour certaines notions 271
a) Des notions offrant un terrain propice d'interprétation aux juges dans les contrats de distribution 271
b) Les raisons de la prise de risque du législateur 272
II. Les craintes d'une immixtion importante du juge dans le contrat 273
A) Une immixtion renforcée par l'introduction de la figure du contrat d'adhésion 274
B) Une immixtion supposément renforcée par l'introduction de nouveaux outils 275
1) Au stade de la formation du contrat 275
a) L'obligation d'information précontractuelle de droit commun 276
b) L'état de dépendance 277
2) Au cours de la vie du contrat 278
Paragraphe 2 : Les craintes d'une articulation du droit commun et du droit spécial insuffisamment définie 282
I. Les insuffisances de l'adage *specialia generalibus derogant* 283
II. Les insuffisances du nouvel article 1105 du Code civil 286
A) Les prémices d'une articulation des droits délaissée par le législateur 286
B) Les conséquences fâcheuses d'une notion d'articulation négligée 288
1) Une place importante d'interprétation laissée aux juges 288
2) Un manque de prévisibilité juridique source d'insécurité 290
a) Une insécurité liée à une absence de précision juridique 290
b) Une absence de prévisibilité liée à un manque de clarté 291
Section 2 : La réalité d'un juge absent 294
Paragraphe 1 : Une mise en retrait dommageable du juge 294
I. Le choix du juge de brider sa marge de manœuvre 294
A) Le juge utilisateur prudent des nouveaux outils 295
1) Une sous-utilisation des notions issues de la jurisprudence fondée sur l'ancien droit commun 295
a) L'obligation d'information précontractuelle 295
b) Le contrôle de la contrepartie convenue 297
c) L'extension de la notion de bonne foi 299
d) Les contrats interdépendants 301
2) Une sous-utilisation des notions inspirées du droit spécial des contrats de distribution 302
a) Le déséquilibre significatif 302
b) L'abus de l'état de dépendance 304
c) La révision du contrat pour imprévision 307

B) Vers une absence de cumul ou d'option entre droit commun et droit spécial de la distribution 309
1) Les raisons historiques de l'absence de règle d'articulation 309
2) Vers une consécration du principe de subsidiarité ? 311
II. Le choix d'une mise en retrait à rebours de la logique jurisprudentielle antérieure 313
A) L'emploi étonnamment limité des nouveaux outils 314
B) Le choix critiquable d'une articulation subsidiaire « systématique » du droit commun vis-à-vis du droit spécial 316
Paragraphe 2 : Une mise en retrait pour des raisons procédurales 321
I. L'évolution de la règle de spécialisation du juge en droit de la concurrence 321
A) Les origines de la spécialisation 321
1) Une spécialisation extensive 321
2) Une spécialisation critiquée 322
B) Un revirement utile pour une spécialisation assouplie 323
II. Les incidences de la spécialisation de juridiction sur le nouveau droit commun 324
A) La demande du justiciable porte à la fois sur le droit commun et le droit spécial 325
B) La demande du justiciable porte exclusivement sur le droit commun 326
CONCLUSION CHAPITRE 1 329
Chapitre 2 : La solution d'une complémentarité assurée par le législateur ? 333
Section 1 : Le constat d'un désintérêt du législateur pour la question de l'articulation du droit commun et droit spécial des contrats 333
Paragraphe 1 : Les raisons du désintérêt du législateur pour la question de l'articulation 333
I. Une confiance accrue accordée au juge ? 334
II. Une volonté de conserver une certaine souplesse ? 334
Paragraphe 2 : Les conséquences du désintérêt du législateur pour la question de l'articulation 335
I. Les risques d'un droit commun moins attrayant 335
A) Un droit commun moins protecteur en cas d'absence de cumul 336
B) Un droit commun moins novateur 337
II. Le déséquilibre d'un droit spécial conquérant 339
A) En matière de déséquilibre significatif : 340
B) En matière de bonne foi : 341
Section 2 : La possible résolution du conflit entre droit commun et droit spécial entre les mains du législateur 342
Paragraphe 1 : Une possible résolution du conflit par une meilleure articulation du droit entourant les contrats de distribution par le biais du droit spécial 342
I. L'échec d'une articulation organisée par le législateur en droit commun des contrats 343
A) La défection du législateur vis-à-vis de la doctrine existante en matière d'articulation 343
B) Les possibles causes de l'absence d'articulation claire par le législateur 345
II. Une possible articulation garantie par le législateur en droit spécial des contrats de la distribution 347
CONCLUSION CHAPITRE 2 367
CONCLUSION TITRE II 369
CONCLUSION PARTIE 2 371
CONCLUSION GENERALE 375

Alexandre Cassagne

L'ARTICULATION ENTRE LE DROIT COMMUN ET LE DROIT SPECIAL DES CONTRATS, A TRAVERS L'EXEMPLE DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

Résumé

La réforme du droit des contrats de 2016 a partiellement éludé la problématique de l'articulation entre les normes de droit commun et celles de droit spécial. Un article semble reprendre en substance l'adage *specialia generalibus derogant*. Mais cette nouvelle disposition énonce très peu ; et le peu qu'elle énonce ouvre sur des problèmes nouveaux. Le choix des contrats de distribution comme axe principal des recherches a été opéré afin de souligner les rapports nouveaux que le droit qui les régit entretient avec le droit commun, celui-ci reprenant désormais en considération la problématique des contrats structurellement déséquilibrés qui était autrefois propre aux droits spéciaux. L'étude chronologique de l'évolution de ces rapports permet de souligner les problèmes que soulève l'absence d'une règle détaillée d'articulation. Les juges se dirigent actuellement vers une relégation au second plan du droit commun ; au risque d'une marginalisation et d'un déficit dans la protection de la partie faible (le droit commun pouvant être devenu plus protecteur que le droit spécial). Il est proposé de confier au législateur le soin d'insérer une nouvelle règle d'articulation organisant les conflits entre le droit commun des contrats et le droit spécial des contrats de distribution. Inspirée du principe de faveur, cette nouvelle règle d'articulation serait insérée dans un livre dédié aux contrats de distribution au sein du Code de commerce.

Mots clés : Droit commun ; Droit spécial ; Articulation ; Contrats de distribution ; équilibre contractuel ; pratiques restrictives ; subsidiarité ; principe de faveur

Abstract

The reform of contract law has sidestepped the issue of the relationship between general contract law norms and those of specialiazed contract law. One provision appears to reiterate the maxim *specialia generalibus derogant*. However, this new provision offers little guidance, and the limited direction it provides rise to some new challenges. The decision to focus research on distribution contracts was made to emphasize the evolving relationship between the legal framework governing these contracts and general contract law, which now considers the issue of structurally imbalanced contracts. An examination of the evolution of these relationships underscores the problems caused by the absence of detailed rule of articulation. Courts are currently leaning toward relegating general contact law to the background, risking its marginalizing and thereby reducing its effectiveness in protecting weaker parties (as general law, may, in certain cases, be more protective than specialized law). It is proposed that the legislature be entrusted with introducting a new articulation rule to organize the conflicts between general contract law and the specialized law of distribution contracts. Inspired by the principle of the favourability principle, this new rule would incorporated into a dedicated section on distribution contracts within the Commercial Code.

Keywords : General law ; Special law ; Articulation ; Distribution contracts ; Contractual balance; restrictive practices ; subsidiarity ; favourability principle