CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

D. Mainguy
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

2020

dmainguy@wanadoo.fr
www.daniel-mainguy.fr

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION (droit des contrats – Droit de la concurrence)

LIVRE 1 : SYNTHESE

Introduction

1. DROIT DES CONTRATS D’AFFAIRES ET DES CONTRATS DE DISTRIBUTION : APPARITION ET IDENTIFICATION

A. PRESENTATION

B. CARACTERES DU DROIT DE LA DISTRIBUTION

1. – Un droit pluriel
2. – Un droit politique
3. – Un droit technique
4. Un droit spécial

2. DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D’AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

3. THEORIE DU DROIT DES CONTRATS, NORMES ET FONDEMENTS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D’AFFAIRES

A. LES CONTRATS D’AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION : NORMES APPLICABLES

B. – FONDEMENTS D’UN DROIT DE LA DISTRIBUTION

4. CONTOURS ET EVOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D’AFFAIRES ET DE LA DISTRIBUTION

A. – COMPLEXITE ET DIVERSITE DES FORMES DE DISTRIBUTION

B. DIVERSITE DES BIENS DE LA DISTRIBUTION

C. DIVERSITE DES CANAUX DE LA DISTRIBUTION

PREMIERE PARTIE. – LA NEGOCIATION DES CONTRATS D’AFFAIRES

DEUXIEME PARTIE – LES REGLES COMMUNES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

TITRE 1. – LA CONSTRUCTION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

Chapitre 1. – La qualification des contrats de distribution

Chapitre 2. – Le contenu des contrats de distribution

Section 1. – La formation des contrats de distribution

Section 2. – L’exécution des contrats de distribution

Section 3. – La circulation des contrats de distribution

Section 4. – L’extinction des contrats de distribution

TITRE 2. – LES CONTRAINTES DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

Chapitre 1. – Les contrats de distribution et le droit de la concurrence

Chapitre 2. – Les contrats de distribution et le droit social

Chapitre 3. – Les contrats de distribution et le droit du commerce international

Chapitre 4. – Les contrats de distribution et le droit de la consommation

Chapitre 5. – Les contrats de distribution et le droit de la propriété industrielle

TROISIEME PARTIE. – LES CONTRATS DE DISTRIBUTION EN RESEAU

TITRE 1. – LES CONTRATS DE SPECIALISATION

Chapitre 1. – Les contrats d'approvisionnement et de fourniture exclusive

Chapitre 2. – Le contrat de distribution sélective

Chapitre 3 – Le contrat de concession exclusive

Chapitre 2 – Les contrats de réitération

TITRE 2. LES CONTRATS DE REITERATION : LE CONTRAT DE FRANCHISE

QUATRIEME PARTIE. – LES ACCORDS DE REGROUPEMENT : LES CONTRATS DE LA GRANDE DISTRIBUTION

Titre 1. – Les contrats d'affiliation

Titre 2. – Les contrats de référencement

CINQUIEME PARTIE. – LES VENTES ET PRESTATIONS DE SERVICES

SIXIEME PARTIE. – LES CONTRATS DES INTERMEDIAIRES DE LA DISTRIBUTION

LIVRE 2 : DOCUMENTS

Avertissement

Cet ensemble est la base d'un cours, à la fois en Master 1 et en Master 2 Droit privé économique à Montpellier. Il, est régulièrement remis à jour (pas toujours). Ce n'est pas un livre publié ou publiable. Il est d'ailleurs incomplet et inachevé.

Je remercie les éventuels lecteurs pour qu'ils excusent les fautes de frappe ou de typographie, les coquilles, et erreurs diverses, pour cette raison.

Il est complété par un ensemble de documents ; là encore souffrant des mêmes défauts.

Il est évident cependant que je revendique un droit d'auteur sur l'ensemble et que je n'autorise pas sa diffusion, autre que pour un usage personnel.

Je vous souhaite une bonne lecture.

D. Mainguy

Introduction
(NB mise à jour janv. 2020)

1. DROIT DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DES CONTRATS DE DISTRIBUTION : APPARITION ET IDENTIFICATION

A. PRESENTATION

1 Droit de la distribution, droit des contrats d'affaires, droit des contrats. – Combien que le droit français contienne de règles, tant civiles que commerciales, d'origine légale ou jurisprudentielle, elles peinent à permettre d'isoler une branche, ou une discipline permettant à coup sûr d'identifier le secteur de la distribution des produits ou des services ou bien encore celui des contrats « d'affaires », alors même que l'une des caractéristiques du droit français, qu'on les loue ou qu'on les moque, consiste précisément à déterminer une branche du droit par ensembles utiles, du droit des sûretés au droit de la famille, en entomologistes des sciences sociales.

Les ensembles « droit des contrats d'affaires » ou « droit de la distribution » ne constituent pas des disciplines juridiques ou des branches du droit comme peuvent l'être par exemple le droit de la famille, le droit des biens ou encore le droit administratif. Ils n'en ont ni l'ancienneté, encore que ce critère soit très relatif, ni surtout la structure. Ils sont fondés sur l'observation d'une réalité empirique, le fait que, hors d'ensemble plus connus, comme celui du droit des contrats ou de la concurrence, existent des contrats qui réalisent des opérations économiques particulières qui rendent compte d'une fonction économique, celle d'échange de valeurs ou de distribution de produits ou de services.

Il existe donc des opérations de distribution, qui vont au-delà de la description des actes de commerce dans l'article L. 110-1 du Code de commerce assurées par des opérateurs spécialisés. Par exemple les fonctions de distribution de produits électroménagers supposent l'existence de fabricants de ces produits, de distributeurs, de réparateurs, etc., qui mettent en œuvre des opérations complexes.

Ces ensembles, et notamment celui constitué par ce qu'on désigne comme « droit de la distribution », constituent plutôt un regroupement, assez disparate, mêlant, par exemple, droit des contrats, en premier lieu, droit de la concurrence, droit de la consommation, droit social, droit des procédures collectives, etc., au gré des besoins de la matière ou des difficultés qui se présentent aux praticiens, voire du tropisme de ses observateurs.

Cette observation est d'autant plus surprenante que l'échange marchand de biens ou de services est l'un des piliers du droit d'une société structurée, avec les règles gouvernant les personnes et les familles, celles intéressant la détermination des biens et la délimitation de la propriété et celles du gouvernement d'un Etat, ce étant observé par les économistes depuis bien longtemps¹.

D'ailleurs les civilistes savent bien que le droit des contrats ou le droit des obligations sont des matières qui s'inscrivent dans la ligne continue de l'histoire du droit occidental.

Sans doute le droit, dans son histoire, connaît un droit des marchands, droit commercial ou droit des affaires comme on se plaira à le désigner², comprenant les règles distinguant les commerçants des non-commerçants, celles relatives, éventuellement, aux juges commerciaux, au crédit, aux faillites, aux sociétés, et parfois des règles spécifiant des règles propres aux relations d'affaires comme en matière de transport ou de propriété incorporelle, mais de règles spécifiques aux contrats conclus entre ces mêmes commerçants ou hommes d'affaires, point, si ce ne sont celles, communes, à tous les contrats et toutes les obligations. D'ailleurs, pendant longtemps, on trouvait – on trouve toujours – des propos intéressant les contrats d'affaires, et de distribution, dans les ouvrages de droit commercial, dans la partie consacrée aux opérations commerciales. Le développement de ces opérations a conduit les auteurs d'ouvrages de droit des contrats spéciaux, souvent commercialistes, à consacrer des développements aux « contrats commerciaux ». S'agissant toutefois d'appréhender un corps de règles identifiables, y compris peut-être en consacrant un corps de règles légiférées propres à ces contrats, rien, ou très peu, pendant longtemps.

2 Les explications propres à déterminer les raisons de cette absence, voire de cette déficience des juristes et partant de la science juridique sont tout à la fois nombreuses et vagues pour l'expliquer.

On peut évoquer la tendance à la généralisation des règles avant la

1 Cf. J.-B. Say, *Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont le forment, se distribuent ou se consomment les richesses*, 1803.

2 Comp. D. Mainguy, « *Le raisonnable en droit des affaires* », in *les concepts émergents du droit des affaires*, LGDJ, 2010, p.307.

Révolution française, achevant un long mouvement en ce sens depuis les divisions du droit romain, entre le *jus civile*, le droit des citoyens romains, et le *jus gentium*, le droit des étrangers, auxquels le commerce était permis, distinction très ancienne dont on peut penser, à défaut que d'avoir été intégralement et linéairement transmise, qu'elle a laissé quelques traces durables dans les esprits, ne serait-ce que pour expliquer le mystère de la distinction entre les professions libérales et commerciales. L'article 1105 du Code civil, comme l'article 1107 avant la réforme de 2016, conserve cet esprit en faisant du droit *commun civil des contrats* le *droit commun des contrats d'affaires*, sauf législation spéciale, rare en l'espèce.

On pourrait aussi insister sur le peu de considération dans lequel l'esprit français tient le commerçant et l'activité commerciale : depuis l'Eglise qui proscrivait pendant longtemps le profit, la noblesse qui considérait le commerce comme cause de déchéance, hormis le commerce maritime, à la différence, capitale, d'avec les pays d'essence protestante qui promouvaient au contraire le commerce sous toutes ses formes. Sauf peut-être au XIX^{ème} siècle et notamment de Louis Philippe à Napoléon III, l'activité de commerçant était une activité secondaire, pour ne pas dire vile.

Une autre explication pourrait reposer sur une série de coïncidences : le fait que le Code civil ait entrepris, via ses rédacteurs en 1804, d'envisager toutes les branches du droit sur une base raisonnée, englobant obligations, contrats et responsabilité, avant que le Code de commerce ne soit à son tour codifié, pour ne saisir que les restes, le fait que les premiers commentateurs aient imprimé cette tendance à suivre les Codes puis que la doctrine, dont la notion émerge au début du XX^{ème} siècle, ait cherché à son tour à organiser le droit dans des théories générales, traités et manuels qui, pour ceux traitant du droit civil, explicitaient le droit des contrats tel qu'il résultait de leur promotion dans le Code civil, au dépens des règles du Code de commerce, alors en jachère, etc.

Peu importe au final, si ce n'est que le besoin d'isoler des règles, spécifiques ou non, à un droit des contrats d'affaires ou de la distribution, n'est apparu que dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle. A bien des égards d'ailleurs, la réforme du droit des contrats de 2016, traduit une forme d'intégration de certains problèmes directement posés à l'occasion de difficultés rencontrées dans la formation, l'exécution ou la rupture de contrats de distribution, que ces questions soient, bien ou mal, traitées par des règles particulières dans le Code de commerce notamment.

3 En effet, l'environnement, à défaut de délimitation bien déterminée, d'un droit des contrats d'affaires ou de la distribution est

précisément fondé sur des considérations économiques assez précises. Par exemple la notion de distribution est qualifiée comme « *l’ensemble des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits ou des services auprès de distributeurs et consommateurs professionnels ou non professionnels* » (3).

Une brève explication de texte s’impose.

La *consommation* suit la distribution qui suit la production.

La *production* est l’acte de création de biens ou de services, la consommation est un acte d’utilisation de ces biens et services, quels qu’ils soient, utilisation dans un but privé ou professionnel, à titre d’usage ou de destruction, indépendant du sens consumériste du terme.

La *distribution*, l’acte de distribution, est, ainsi, un acte intermédiaire assurant la circulation de biens ou de services. Cette fonction de distribution est relativement nouvelle, comparée aux deux premières. Il convient, en effet, que le besoin économique d’une telle fonction apparaisse.

Or, si le commerce est une fonction économique ancienne qui plonge ses racines dans la nuit de l’histoire, il se distingue de la fonction de distribution.

Les commerçants, les marchands, assurent une forme de fonction de distribution, dans la mesure où ils assurent une fonction d’intermédiation entre production et consommation, une fonction de sélection des produits, détachée de la fonction de production et de celle de consommation : le marchand achète pour revendre. Cependant, l’apparition de la fonction de distribution se justifie plus particulièrement en situation d’abondance des produits et des services et sans doute aussi en situation de sophistication de ceux-ci.

4 Fonctions de la distribution. De ce point de vue, une véritable spécificité des *fonctions de la distribution* se développe avec une production industrielle de produits fabriqués en série, en grand nombre, sophistiqués, ce qui commença en Europe à la fin du XIXème siècle, mais aussi avec une consommation de masse, ce qui se réalise plus singulièrement après la fin de la seconde guerre mondiale.

Les fonctions de la distribution sont multiples. La distribution assure ainsi une logique d’anticipation, d’écoulement des stocks, de financement, de sélection des marchandises, de marchandisation directe avec la clientèle, etc., qui peuvent être regroupés en plusieurs ensembles :
- *Une fonction logistique*

C’est ainsi que la distribution assure une fonction de stockage et de logistique qui suppose donc la gestion de la l’obsolescence des produits,

3 N. et D. Ferrier, Droit de la distribution, Litec, 8ème éd. 2017, n°6.

notamment les produits frais, mais également la gestion des flux de livraison. Aujourd'hui, dans la grande distribution, des « plateformes d'éclatement » régionales, raccourcissent les délais de livraison des points de vente, Amazon rêve de pouvoir livrer en une heure, etc. : la science de la logistique, militaire au départ, est ainsi placée au service de ces fonctions.

- *Fonction de sélection et d'arbitrage.*

C'est ainsi également que la distribution assume une fonction essentielle, qui est celle d'assumer des *sélections*, des choix des produits parmi tous ceux, existants ou potentiels que la production pourrait proposer. Autrefois cette fonction était assumée par présentation, par les producteurs de ces produits, y compris en masse, ce que la fonction de « référencement » dans la grande distribution illustre. Un hypermarché propose entre 50.000 et 100.000, voire davantage, références de produits et chaque année, entre 1.000 et 2.000 références nouvelles de produits sont proposées, ceci simplement dans le domaine des centrales de référencement généralistes ; il faut ajouter la distribution de tous les autres produits (bricolage, outillage, jouets, jardinage, vêtements, sport, informatique, TV/hi-fi, etc).

Or, la place disponible pour les distributeurs n'est pas extensible : il lui faut assurer une sélection, créant ainsi une forte concurrence sur le marché du référencement, sur les « linéaires »⁴.

Aujourd'hui, cette fonction est plus globale, elle ressemble aux logiques « d'arbitrage » au sens où l'on emploie ce terme dans les milieux financiers, c'est-à-dire un ajustement de l'offre et de la demande, par l'identification des produits ou services sélectionnés pour satisfaire le marché et éventuellement des logiques de spéculation.

Ainsi, la fonction de sélection ne se réalise plus par simple réception et choix des produits proposés par les producteurs, mais, bien en amont, par la recherche sur les lieux de production des produits idoines, fabriqués selon des cahiers des charges précis et définis par la distribution. C'est le cas des produits de la mode, mais également de l'industrie agroalimentaire, du mobilier, etc. La distribution n'effectue alors plus simplement des choix : elle oriente voire détermine l'offre des producteurs, soit parce qu'elle fait fabriquer des produits dits « MDD » « à marque de distributeur », voire sans marque, soit parce qu'elle intègre verticalement, des fonctions de production : Déclathlon est le premier fabricant de vélos, Ikéa de meubles, Intermarché le premier pêcheur français, etc.

C'est ainsi, également, que des formes de spéculation, soit sur des

⁴ Constitutifs, d'ailleurs, d'une « ressource rare » : déc. Cons. Conc. 04-D-13 8 janv. 2006, Cass. com. 6 déc. 2005, D. 2006, act. P. 64, obs. E. Chevrier.

marchés de matière première (bois, céréales, etc.) soit par des jeux contractuels et fiscaux visant à localiser des profits dans des pays à fiscalité favorables, soit par la délocalisation des fonctions d'achat, en Irlande par exemple, ou par le jeu des prix de transfert.

- *Une fonction d'orientation de la demande.*

C'est une fonction plus classique, de publicité ou de marketing, visant à attirer le consommateur : les sciences du marketing, du management, de manière à singulariser non plus simplement les produits vendus par le distributeur, mais le distributeur lui-même, notamment par l'adjonction de services complémentaires proposés aux consommateurs (promotion, information, garanties et service après vente, financiers : crédit et assurance etc.).

5 Dans cette situation, qui est celle que nous connaissons depuis quelques dizaines d'années, disons depuis les années 1950, la distribution est même devenue relativement indépendante de la production et de la consommation, même si on peut apporter bien des bémols à cette affirmation.

Cette indépendance s'est manifestée par l'écran constitué entre la fonction de consommation et la fonction de production qui, désormais, s'ignorent mutuellement sauf rares exceptions : il existe des « magasins d'usine » où les consommateurs peuvent acheter moins cher, des modes ou des besoins d'économie incitent régulièrement à tisser des liens directs entre producteurs agricoles et agriculteurs ou artisans, sans que cela pèse durablement et de manière conséquente sur le secteur.

En outre, certaines techniques de distribution assurent ainsi une valeur ajoutée médiate indépendante de celle, immédiate, liée à la valorisation marchande d'un produit, comme la grande distribution le démontre : la fonction de distribution de la grande distribution, alimentaire par exemple se distingue du commerce alimentaire en ce qu'elle ajoute, à la simple fonction de diffusion de produits de marque des producteurs au consommateur, la logique de collection des produits, des produits à marque propre, des services (parking, service après vente, promotions, etc.), des financements propres, etc.

La force de certains distributeurs est telle d'ailleurs que, par voie de concentration verticale, certains parviennent à intégrer des usines de production : ainsi le groupe Intermarché est le premier pêcheur de France, le groupe Décathlon le premier fabricant de cycles, de tentes ou de matériels de randonnée, le Groupe Ikea à un producteur de meubles, etc.

Enfin, la distribution en vient à assurer un écran, presque complet et général entre la production et la consommation, complet en ce que presque plus aucun liens directs ne se réalisent, sinon par la publicité, et

général parce que, en outre, bien des secteurs d'activité ne sont plus efficaces s'ils ne sont pas intégrés dans un réseau ou une logique de distribution uniforme, renvoyant l'idée même d'un « petit commerce » à l'histoire du droit et du commerce⁵.

Or, le combat entre le « petit commerce » et le « grand commerce », les « grandes surfaces » ou la distribution organisée a alimenté le débat des trente dernières années, soit pour tenter de préserver l'existence de ce petit commerce, avec la question du « prix du livre » par exemple, ou bien la réglementation des conditions de l'attribution de surfaces commerciales à travers la notion d'« urbanisme commercial ». Aujourd'hui, un débat assez voisin se réalise avec le développement du commerce électronique, concurrent tout à la fois de ce qui pourrait demeurer de « petit commerce » et du grand commerce traditionnel.

Dès lors, c'est un véritable « capitalisme de la distribution », ou, par un oxymore, une « industrie de la distribution » qui se développe, à travers des groupes de distribution dont les plus visibles ou connus sont ceux de la grande distribution ou des réseaux de distribution, qui dispose d'une véritable fonction d'intégration : les distributeurs intègrent des producteurs, des producteurs intègrent des distributeurs, par contrat ou par voie capitalistique.

B. CARACTERES DU DROIT DE LA DISTRIBUTION

1. – Un droit pluriel

6 C'est dans ce contexte qu'est apparu et qu'a été défriché un « *droit de la distribution* », dans les années 1970 sous l'impulsion de Jean-Marc Mousseron⁶ puis Didier Ferrier et faisant aujourd'hui l'objet de très nombreuses études, après que Jean Hémarid ait tenté, dans les années 1950 et 1960, de promouvoir les contrats commerciaux, mais

5 G. Parléani, Le « petit commerce » au début du XXI^e siècle, in *Droit et actualité : Études J. Béguin, Litec*, 2005, p. 621.

6 Cf. J.-M. Mousseron et alii, *Droit de la distribution, Litec*, 1975; D. Ferrier, *Droit de la distribution, Litec*, 5^{ème} éd. 2010; J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation, PUF*, 1996; M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution, LGDJ*, 1999; R. Bout, M. Bruschi, S. Poilait-Perruzzeto et M. Luby, *Droit économique*, éd. Lamy; F. Buy, M. Lamoureux et J.-C. Roda, *Droit de la distribution, LGDJ*, 2^{ème} éd. 2019, N. Dissaux et R. Loir, *Droit de la distribution, Montchrétien*, 2017, N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution, Litec*, 8^è éd., 2017; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution, Dalloz*, 2017; L. Vogel (dir.) *Code de la distribution, Lawlex*, 2006. et v. *Le contrat-cadre*, sous la dir. de A. Sayag, t. 1, *Exploration comparative*, t. 2, *La distribution, CREDA, Litec*, 1995; L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution, LGDJ*, 1995; F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, *Le contrat-cadre par delà les paradoxes, RTD com.* 1996, p. 179.

essentiellement sous la forme d'une « commercialisation » des contrats civils⁷. Le droit de la distribution apparaît alors comme un droit de l'activité professionnelle, un droit économique, plus qu'une branche classique du droit des affaires, dont les composantes empruntent au droit des obligations et des contrats, au droit de la responsabilité, au droit pénal, au droit des sociétés, au droit de la concurrence, au droit de la consommation, au droit social, etc., selon les problèmes posés aux distributeurs.

Cet aspect économique de la matière ne doit pas être négligé. Les juristes français connaissent assez peu une matière très étudiée en Europe et aux Etats-Unis, l'analyse économique du droit, trop rapidement assimilée à une analyse libérale du droit et qui serait uniquement fondée sur la logique de marché, rencontre de l'offre et de la demande, qui, pourtant, est essentielle pour la compréhension des phénomènes économiques comme l'est la distribution et, plus spécialement, les contrats de distribution.

C'est ainsi que le droit de la distribution attire fréquemment l'attention du législateur lorsqu'il s'agit de réguler tel ou tel aspect de la distribution mais, surtout, qu'il est un droit de praticiens.

2. – Un droit politique

7 Le droit de la distribution est par ailleurs un droit dont l'objet est, directement, ou indirectement, source de conflits.

La question se pose ainsi de savoir si les règles du droit de la distribution se voient, ou non, assigner des objectifs particuliers, comme la protection du commerce libre ou la protection des parties faibles.

Plusieurs grandes politiques publiques se sont ainsi succédées ou concurrencées.

- Protection de la grande distribution : c'est assez discret mais très clair après la seconde guerre mondiale : prohibition du refus de vente, des prix minimum imposés, pour favoriser l'émergence de la grande distribution, avec, en retour, la guerre des prix entre grandes enseignes de distribution et, au final, délocalisation et désindustrialisation.

- Protection du « petit commerce » y compris des « petits distributeurs », avec, la régulation des autorisations d'urbanisme ou d'aménagement commercial, entamée par la « loi Royer » du 27 décembre 1973 (C. com., art. L. 750-1 s.), et ce y compris pour lutter contre la désertification rurale, ou à travers la protection du repos domical.

L'autre défi souvent associé à certaines règles du droit de la

7 J. Hémar, *Contrats commerciaux*, 2 t., 1953, 1957.

distribution est celle de la régulation des prix et notamment, la « protection du pouvoir d'achat » des consommateurs, et ce au-delà des techniques de protection des consommateurs eux-mêmes.

Enfin, un autre de ces objectifs serait la promotion de tel autre objectif, la promotion de la production française, ou encore du commerce équitable, etc.

Le caractère politique de ce droit se manifeste également dans ses « non dits ».

Par exemple, il est sidérant d'observer la place considérable du droit de la distribution dans le débat juridique, du moins judiciaire, et la place congrue qui lui est laissée dans les Codes, le Code de commerce notamment, ce qui, dans un pays ultralégaliste est signifiant : rien sur la la définition de quelques contrats ou quelques clauses, rien ou presque sur les contrats de la grande distribution, sinon par de brèves incises, très générale (C. civ., art. 1111-1) ou hyperprécises (C. com., art. L. 341-1 et 2), ici ou là.

3. – Un droit technique

8 L'étude du droit de la distribution sera l'occasion de mesurer la difficulté de l'accès aux règles précises du droit de la distribution, notamment à travers l'observation des évolutions jurisprudentielles, mais encore à travers des sources plus diverses que sont, par exemple, celle du droit européen ou de la soft law, particulièrement en droit de la concurrence.

4. Un droit spécial

9 L'un des outils principaux du droit de la distribution est le contrat, le contrat de distribution, né des efforts des distributeurs pour asseoir leur indépendance, leur fonction et de l'ingénierie des praticiens pour faire vivre les intérêts en présence.

Certains de ces contrats sont aujourd'hui très connus : contrats de franchise, contrat de concession exclusive, dans le domaine automobile notamment, contrat d'approvisionnement exclusif, etc., Cette liste de contrats, globalement non réglementée et essentiellement connue par leur diffusion par les praticiens, leur étude par la doctrine et le volume de décisions de jurisprudence les concernant, ne doit pas occulter le très grand nombre d'autres contrats de la distribution, les contrats de la grande distribution, les contrats conclus avec ceux qu'on appelle les intermédiaires du commerce, agents commerciaux, VRP ou courtiers, les contrats de distribution électronique, etc.

C'est ainsi, alors, qu'émerge, assez timidement cependant, un « droit

des contrats d'affaires »⁽⁸⁾ qui n'est plus nécessairement ancré sur les contraintes et attentes des relations de la distribution, mais plus globalement des relations contractuelles d'affaires, par un mariage, et donc une connaissance, heureuse, entre ces règles du droit des contrats d'affaires, telles qu'initiales par le droit de la distribution et celles du droit des contrats internationaux⁽⁹⁾.

Il est clair, alors, que les règles des contrats d'affaires en général forment une sorte de droit commun dont les règles du droit de la distribution pourront être considérées comme une spécificité, mais une spécificité nécessaire en ce que la plupart des contrats d'affaires touchent à l'approvisionnement en matière première ou en produits finis et, réciproquement, en la fourniture de produits ou de services.

C'est-à-dire que nous tenons ici les contrats de distribution pour des contrats tout à la fois importants et à bien des égards exemplaires des contrats d'affaires.

Ces contrats de distribution doivent alors être envisagés au sens large et non restreint aux seules relations entre un producteur et un distributeur. En effet, les notions mêmes de « producteur » ou de « distributeur » sont assez floues tant sur le plan économique que juridique : tel producteur, disons un industriel, concluant avec un producteur d'amont des contrats d'approvisionnement et est alors traité comme un distributeur, tel distributeur ayant des relations d'aval avec d'autres distributeur qui le considère comme un « producteur », etc. Les termes sont assez commodes pour se substituer à ceux, plus usuels et juridiquement plus vulgaires de « vendeur » et « acheteur ».

Aussi bien considèrera-t-on, outre les contrats de distribution proprement dits, les contrats entre industriels, touchant à leur approvisionnement ou à leurs signes distinctifs, aux recherches communes, aux *joint venture*, à tous ces « montages juridiques » qui font le délice des rédacteurs de contrat⁽¹⁰⁾, et ce indépendamment de leur nature interne ou internationale, tant la distinction tend, outre la question de l'application de règles particulière à l'aspect international de leur traitement, à se dissiper, eu égard au fait pour les affaires, un contrat doit être efficace, bien rédigé, et qu'il ne doit pas moins l'être étant interne.

8 F.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, J. Mestre et alii, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, PUAM, 2011, J.M. Mousseron et alii, *Technique contractuelle*, Ed F. Lefebvre, 5^e éd. par J. Raynard, P. Mousseron et J.-B. Seube, 2011, V. Cadoret, *Réflexions sur les contrats d'affaires*, Th. Dr ; Montpellier, 2010.

9 Cf. J.M. Mousseron, J. Raynard, R. Fabre et J.-L. Pierre, *Droit du commerce international*, Litec, 4^e éd., 2012, J. Béguin et M. Menjuq (dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2^e éd., 2011.

10 D. Porrachia, *La réception juridiques des montages conçus par les professionnels du droit*, PUAM 1998 ; J.-Ph. Dom, *les montages en droit des sociétés*, thèse Bordeaux, 1996.

10 Les contrats de production. Les contrats de production sont le deuxième temps de la considération des contrats d'affaires, avec, sans doute les contrats de financement, eux-mêmes à distinguer des contrats usuels de prêt au contenu largement encadrés par les règles modernes. Ces contrats imposent souvent la création de groupements : filiales communes, fusions, organisation ou restructuration d'un groupe de sociétés.

Ces opérations justifient également des financements, interne parfois externe, par le recours à l'emprunt ou une forme déclinée de celui-ci, ou bien par recours aux marchés financiers, mais aussi à travers des logiques d'optimisation fiscale des activités choisies. Des contrats permettent d'organiser des logiques d'investissements lourds, de mesure stricte de la concurrence et des débouchés, de longue durée, de rationalisation des approvisionnements, des circuits de distribution, de recherche en commun, d'exportation ou d'importation. Pas plus que les contrats de distribution, les contrats de production ne forment pas une catégorie homogène de contrats¹¹ mais des contrats intégralement soumis à la liberté contractuelle. Souvent internationaux : ils forment la partie contractuelle de la « mondialisation » de l'économie. Ces contrats de production peuvent assurer un rapprochement entre entreprises : la pratique contractuelle évoque des contrats de *joint venture*, des contrats et opérations « d'entreprise commune »¹², des contrats et des clauses complexes choisies en fonction des impératifs des parties et des effets que les contrats cherchent à promouvoir : transfert de personnel, de technologie, financement d'une recherche commune, exploitation des résultats de celle-ci, fabrication commune, promotion commune.

11 Les contrats d'affaires. Le monde des affaires, de l'économie et des contrats qui y nouent des relations ne se résume cependant pas aux techniques de distribution, même si ces techniques comptent parmi les éléments importants de ces contrats. Toutes les étapes qui conduisent d'une matière première à un produit fini offert à la vente sur les linéaires des grandes surfaces ou à proposer un service élaboré (du service artisanal à la fourniture d'une liaison Internet à haut débit) sont organisés par des processus techniques, des logiques sociales, financières mais

11 S. Paget, La coproduction, Thèse Montpellier, 2005, D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in J. Béguin et M. Menjuçq (dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2005, nos 1081 s ; *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8ème éd. 2014, n°444 s.

12 N. David, *Les entreprises conjointes, quelques problèmes pratiques*, JDI 1988. 37 ; K. Langefeld-Wirth, *Les joints ventures internationales*, éd. GLN-Joly, 1992 ; M. Vivant, *Le joint-venture ou parlez-vous français*, Cah. dr. ent. 1979/5, p. 1.

aussi par une série de contrats de nature différents. Certains de ces contrats sont des contrats connus, décrits par le Code civil, des contrats spéciaux ; bien d'autres sont des contrats échappant à la standardisation : contrats de financement, contrats de construction, contrats de transfert de technologie, contrats de licence de brevet, marque, etc., contrats de consortium, de « joint venture », etc.

Dans toutes ces hypothèses, on passe de la catégorie des contrats usuels, pour lesquels des règles simples, connues, déterminées, sont posées comme soutien des stipulations conventionnelles ou comme règles supplétives, vers celle des « grands contrats » ou des contrats d'affaires, dans lesquels les intérêts en jeu sont extraordinairement complexes, où les modèles contractuels sont différents des contrats simples à somme nulle, comme le contrat d'échange ou le contrat de vente, mais fondés sur des « jeux » à somme non nulle et impliquant une coopération à information asymétrique, bref, la situation la plus difficile : chaque contractant risque de gagner ou de perdre plus que l'autre, ce qui suppose qu'ils s'organisent et coopèrent, et alors qu'ils ne disposent pas des mêmes informations au même moment ou ne les gèrent pas de la même façon ⁽¹³⁾.

Le support juridique de ces types de contrats est alors beaucoup moins assuré et simplement établi sur la base des règles du Code civil, qui sont censées valoir pour tout contrat mais qui n'ont évidemment pas été prévues pour ce type de contrats, de sorte que s'applique toute la masse du droit jurisprudentiel et l'érudition qu'elle implique. Ces contrats organisent alors une « opération juridique » définie comme un ensemble de « conventions » ou de « clauses » organisant elles-mêmes un ensemble d'effets et d'obligations. Ils se fondent enfin souvent sur des considérations dépassant les enjeux et les mécanismes traditionnels du droit interne.

Deux considérations méritent ainsi attention. En premier, ces contrats sont souvent prévus pour être traités, en cas de litige, par arbitrage, et non par un juge étatique, et souvent sur la base d'une « amiable composition », plus souple qu'une décision « en droit ». En second, ces contrats sont souvent des contrats internationaux dont la prise en compte suppose la maîtrise des règles de droit international privé, de droit du commerce international ⁽¹⁴⁾ et de droit comparé, notamment de droit anglo-américain.

12 Fonction des contrats d'affaires et de distribution : la Règle du

13 E. McKaye et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, no 55 s.

14 D. Mainguy, *Les opérations du commerce international*, in J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 2ème éd., 2011, no 1081 s.

jeu. La rédaction d'un contrat d'affaires présente deux intérêts majeurs, sous la tutelle de l'article 1103 du Code civil selon lequel le contrat régulièrement conclu est, pour les parties, une *norme juridique*. Il est bien évident

Le premier intérêt repose sur l'intérêt qu'on les parties de cerner les relations entre elles, voire l'une contre l'autre. Le contrat en effet contient tout une série d'effets, dont des obligations qui seront d'autant plus précises que les parties auront pris soin d'en dégager les conditions et modalités d'exécution, dans toutes leurs dimensions ⁽¹⁵⁾, qu'il s'agisse des conditions de fond ou de forme, des éléments de déclenchement, de développement et de dénouement de la clause ou du contrat, de sa durée, etc. Si en effet, le droit français présente cet intérêt de prévoir un système de règles supplétives ayant pour objet de déterminer le contenu minimal du contrat en l'absence de précision, il est clair que, dans bon nombre de situations, pour ne pas dire toutes, cet ensemble supplétif est insatisfaisant et incomplet. Les parties doivent également savoir (cf. infra) que le contrat qu'elles auront conclu, aussi complet semblerait-il se présenter, ne le sera point pour la raison, d'une part, que bien des stipulations dépendront d'un jugement opéré par la suite et que, par ailleurs, que des effets et des obligations s'imposent aux parties, en droit français tout au moins, indépendamment des stipulations des parties, lesquelles effets et obligations dépendent, comme précédemment, de l'état du droit en vigueur au jour où la question sera jugée. Il reste que, pour l'essentiel, le contrat fait effectivement la loi des parties. En ce sens le contrat est une règle du jeu et une garantie. Il est une règle du jeu, notamment pour les contrats les plus complexes et, pas davantage qu'un jeu réel ne supporte une règle dont les termes ne soient pas clairs et susceptibles de trop d'interprétations, le souvenir du jeu de Monopoly s'imposant ici, pas davantage le contrat ne tire quelque intérêt de l'imprécision, de la médiocrité ou du flou. Si toutefois les parties envisageaient de s'écarter de la règle initiale, et pour autant que celle-ci soit claire, que cela ne serait pas très grave : unilatéral et toléré, il s'agirait d'une simple tolérance, bilatérale et accepté il s'agirait d'un avenant.

Le second intérêt s'impose contre les tiers : les tiers contractants, les associés, les financiers, le juge, etc. tous les tiers qui peuvent avoir intérêt à connaître le contrat et lui donner un sens : la force de la précision de la règle du jeu rendra, alors, bien moins improbables les interprétations imprévisibles.

15 Et, à cet effet, J.-M. Mousseron, J. Raynard, P. Mouseron et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, op. cit.

2. DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

13 Droit spécial de la distribution. La loi « *Macron* » a inséré dans le Code de commerce un Titre IV dans le Livre III du Code de commerce intitulé « *Des réseaux de distribution* », instaurant deux articles, L. 341-1 et 2, laissant entendre qu'il existerait un « droit des contrats de distribution », lui-même inclus dans un ensemble cohérent et légal de « droit de la distribution ». Cette perception est largement fautive. Ce livre III du Code de commerce est lui-même intitulé « *de certaines formes de vente et des clauses d'exclusivité* » et envisage, pêle-mêle, la réglementation des soldes et des ventes en liquidation (titre I), des ventes aux enchères publiques (titre II), des « réseaux de distribution » déjà vus et « des clauses d'exclusivité » (titre III) qui comporte trois articles, L. 330-1 à 3, qui traite de la durée des clauses d'exclusivité (C. com., art. L. 330-1 et 2) et de l'information précontractuelle due dans certains contrats de distribution (C. com., art. L. 330-3), d'importance majeure sans doute mais peu consistants. Il faut alors puiser dans les règles du droit de la concurrence, les articles L. 441-1 et suivants ou le fameux article L. 442-6 pour trouver des règles plus importantes en nombre et traitant de question d'importance, comme les conditions de la négociation commerciale, du déséquilibre significatif, de la rupture brutale de contrats, etc., sans toutefois proposer des règles générales spéciales aux contrats de distribution. C'est en ce sens que les règles du droit de la distribution sont faites d'emprunts au droit commun des contrats ou de la concurrence pour permettre de développer des outils propices à solutionner les problèmes spécifiques posés par ces contrats.

14 Business Contract Law et Droit des contrats d'affaires. La mode, ou bien est-ce un courant puissant, est à l'autodénigrement et à la promotion de tout ce qui est anglais ou, mieux, américain, y compris en matière juridique et, mieux en droit des affaires. « *Estoppel* », « *Breach of Contract* », « *Non Disclosure clause* », « *Draft* », « *Memorandum of understanding* », etc., on n'aurait de cesse de compter les expressions anglo-américaines qu'il faut absolument employer pour paraître « in » dans le monde contractuel des affaires. Au-delà du ridicule et du jargon, il est évident que cette mode correspond également à un phénomène d'attraction de la puissance économique américaine et de l'usage d'une nouvelle *lingua franca* dans laquelle le français décroît, plus que de l'internationalisation du droit des affaires qui, à bien des égards, l'a toujours été : le droit des affaires a toujours été, depuis le Moyen âge au moins, un droit des grands commerçants cherchant à s'affranchir des frontières juridiques. Il semble donc que ce n'est pas le facteur « international » des affaires qui imprime au droit anglo-américain sa

marque, mais bien plus le fait que les Etats-Unis d’Amérique, nouvelle Rome, impriment, du fait de leur puissance, une attraction militaire, culturelle, financière, économique, et juridique, presque naturelle. Or, chacun sait qu’une langue, et notamment une langue technique, véhicule des notions qui dépassent et de loin le simple enjeu de compréhension réciproque. Evoquer un « contract », ou la « Contract Law », ce n’est pas évoquer un contrat ou le droit des contrats, car derrière ces termes sont remorqués des notions, des concepts, des institutions, des réflexes, des raisonnements propres et qui peuvent être, d’un pays à l’autre, très différents et, seraient-ils semblables ou voisins, fondés sur un système de normes et de valeurs radicalement différentes.

Ce n’est pas le lieu pour vanter la qualité du droit français des contrats, sauf à présenter quelques éléments pour sinon contraindre les convertis du moins rassurer les sceptiques.

Le droit français des contrats se fonde, comme on l’a dit sur un système de droit écrit, c’est-à-dire préécrit, en sorte que très souvent existe en droit français un régime supplétif des contrats, par hypothèse moins satisfaisant qu’un régime négocié et choisi, mais qui a le mérite d’exister. Or, ce régime supplétif est celui représenté par les normes applicables au droit français des contrats, c’est-à-dire, pour l’essentiel des normes jurisprudentielles, des normes résultant de l’interprétation réalisée par la Cour de cassation. On peut donc considérer que le droit français des contrats est, pour beaucoup, un droit jurisprudentiel des contrats, supplétif ou impératif selon les cas, bien plus qu’un droit *légal*, si on veut bien admettre que les hypothèses dans lesquelles un juge applique une règle légale non interprétée sont rarissimes. Tout autre est le réflexe, ou la croyance, que le juge et les juristes appliquent la loi alors qu’ils sont en réalité plongés dans les recueils de jurisprudence.

Le droit anglo-américain des contrats se fonde tout à la fois sur la *Common Law* laquelle repose sur la règle du précédent, dont les acquis sont éventuellement codifiés et sur l’institution de l’*Equity*. Le principe de la *Common Law* consiste donc à juger comme cela a déjà été fait, ce qui explique que les avocats, face à une question quelconque, se perdent dans les recueils de jurisprudence, à la recherche éperdue d’un précédent qui s’imposerait au juge, l’autre, au contraire, et dans certaines situations, cherchant au contraire soit à démontrer que le précédent invoqué n’en est pas un, soit à s’inscrire dans l’un des cas d’*Equity*.

Les deux systèmes, *Common Law* et *Equity*, ont été fondés au Moyen-âge. Les juges appliquaient des bribes de droit romain et des usages locaux et, ont commencé d’appliquer la règle du précédent ou *stare decisis* pour éviter une dispersion des solutions. La *Common Law* est ainsi moins un ensemble de règles coutumières que l’application de ce principe. En l’absence de précédent, le juge devait s’en remettre au droit

romain du Code de Justinien et à défaut suivre son propre sens de la justice. Le système de l'*Equity* intervient de manière parallèle au système de *Common Law*, sur la base d'un recours à la Cour du roi, ignorant la règle du précédent et se fondant sur des principes de bon sens, et non sur le formalisme de la *Common Law*.

En droit des contrats, l'*Equity* valait notamment pour le système de l'*injunction relief*, une sorte de référé, pour les hypothèses, rares, de *specific performance* qui tendrait à ressembler à notre exécution forcée en nature, et enfin le sort des résolutions contractuelles. Aujourd'hui, les deux systèmes de juridiction sont rassemblés et l'*Equity* a imprégné quelques manières de raisonner en droit anglais, comme en matière de *remedies* à une inexécution d'un contrat. L'ensemble ne permet guère le dessein d'une théorie générale du contrat puisqu'il y existe que des contrats nommés et des actions, comme en droit romain ; peut-être aussi n'est pas une manière de penser anglo-américaine, ou un moindre besoin, alors que l'idée, vraie ou fausse, selon laquelle le droit français, ou un *droit continental* reposerait entièrement sur le droit légal préalable semble s'y prêter davantage.

A tout le moins, le droit français des contrats n'est pas, répétons-le, un droit légal, ou un droit de professeurs, mais bien un droit jurisprudentiel, qui présente alors cette qualité, voire cet avantage, d'être un droit jurisprudentiel *non fondé sur la règle du précédent* en sorte que la cour de cassation, ou les juges du fond sont parfaitement libres de proposer une solution différente de celle par laquelle on a l'habitude, ou on pense avoir l'habitude, de juger. La différence est donc capitale entre les deux systèmes et, à tout prendre, peut-être bien plus en faveur du droit de type continental qu'on ne veut bien le croire, reposant, tout à la fois sur un système légal préétabli sur une interprétation, susceptible de revirements de jurisprudence, autorévoquable donc. En outre, les droits américain comme anglais connaissent des lois en matière de contrat, notamment le *US Uniform Commercial Code* et l'*Unfair Contract Terms Act* anglais de 1977. Enfin, il faudrait être absolument certain qu'il existe une différence de taille entre le juge élu américain qui décide parfois selon des règles de son propre sens de la justice et le tribunal de commerce français qui agit, à bien des égards selon le même critère.

Si différence il devait y avoir, ce serait donc davantage dans l'appétit des juristes, confondus, français, à considérer que s'appliquent des règles, générales et préalables, qu'il suffit de mettre en situation concrète.

3. THEORIE DU DROIT DES CONTRATS, NORMES ET FONDEMENTS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D'AFFAIRES

A. LES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION : NORMES

APPLICABLES

15 Les contrats, les contrats d'affaires. Parmi toutes les règles du droit des contrats, quelques-unes se détachent, moins par leur force normative particulière ou la capacité de ses interprètes à dégager des explications complexes, mais par leur caractère immuable, comme s'ils avaient précédé le Code civil et son interprétation et aussi par l'usage exagéré qu'en fait la Cour de cassation chaque fois qu'elle doit fonder une solution qui, précisément, ne trouve pas sa place dans ces textes législatifs : articles 1134, 1147, 1382, 1384 du Code civil, dans l'ancienne désignation, et aujourd'hui, articles 1103, 1194, etc. du Code civil. L'un d'entre eux, l'article 1134, frappe par la puissance des termes et des notions qu'il dégage :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Rien n'a fondamentalement changé avec la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 sinon que l'ancien article 1134 du Code civil a été coupé en deux, l'article 1103 pour le premier alinéa, 1193 pour le deuxième et l'article 1104 pour le troisième, avec l'ajout, dans l'article 1102 de la règle fondant le principe de la liberté contractuelle.

L'article 1103 du Code civil dispose, dans des « dispositions préliminaires » que : *« Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »*. L'article 1193 reprend de manière rafraîchie que : *« Les contrats ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise »*. L'article 1104 que : *« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Ces dispositions sont d'ordre public »*. Enfin, rappelons le texte de l'article 1102 : *« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public »*.

On ne compte plus les interprétations et interrogations suscitées par ce(s) texte(s) qui réajuste(nt), en plus long, la formule médiévale *pacta sunt servanda* : les contrats sont-elles des « normes », s'imposent-elles aux tiers et dans quelles conditions, peuvent-elles être révoquées, que signifie donc cette « bonne foi » dans l'exécution ainsi mise en valeur, etc.

Les principales difficultés d'interprétation et de résolution des cas

complexes posées en droit des contrats sont ici résumées. La circonférence de la norme contractuelle dans les rapports entre les parties d'une part et dans ceux entre les parties et les tiers ensuite pose la question de la violation, par un tiers, du contenu d'un contrat, comme c'est le cas de la vente, par un contractant non autorisé, de produits réservés contractuellement à un réseau de distributeurs. La question de la possibilité pour une partie de mettre fin à un contrat, de le résilier, semble contrariée par l'article 1193, quand bien même une partie n'aurait plus d'intérêt à son exécution. Enfin la « bonne foi » ainsi exigée dans l'exécution du contrat pose une question redoutable : être de « bonne foi », est-ce, à l'anglaise, exécuter le contrat à la lettre sans rien y retrancher ou surtout ajouter à ce que les parties ont décidé, ou au contraire, est-ce se soumettre à des obligations « inhérentes » au contrat, celles-là même qu'une conception judiciaire et indéterminée, pour ne pas dire aléatoire, de la bonne foi imposerait ? Nul ne songera à limiter la portée de ces propos qui ont une importance capitale depuis une trentaine d'années, à l'heure de la promotion des obligations de sécurité, d'information par exemple que les parties n'auraient pas songé à insérer et auxquelles pourtant elles doivent se soumettre voire la résolution du problème majeur dit de « l'imprévision » ou de la gestion du changement de circonstances économiques.

16 Contours et interprétation des normes applicables au droit des contrats d'affaires. Une chose semble certaine, quoi qu'il n'en soit pas explicitement disposé dans la loi : le contrat s'exprime sous les auspices de la liberté, la fameuse liberté contractuelle qui se décline en une liberté de conclure un contrat, la liberté de ne pas conclure un contrat et la liberté de déterminer le contenu du contrat à conclure, l'ensemble étant, depuis le début du XX^{ème} siècle, soumis à une somme de contraintes légales croissantes comme autant d'exceptions, justifiées ici par la protection du salarié, du consommateur, du concurrent, du patient, de l'environnement, etc., ou bien là par des exigences propres au décideur public, comme c'est le cas, par exemple des règles du droit pénal, dit « des affaires », du droit de la concurrence ou encore du droit de l'urbanisme.

Liberté/contrainte, le couple est trop classique pour n'être point ignoré et repose intégralement sur la permission ou l'interdiction posée par la loi. Les choses seraient ainsi très simple, voire simplistes, à n'envisager que la contemplation lascive de la loi : tel contrat, telle clause est autorisée ou interdite, selon que la loi, c'est-à-dire, pour l'essentiel, le Code civil, n'en dit mot, et donc autorise, si l'on admet que le principe de liberté contractuelle peut s'interpréter comme une règle générale de validation de tout ce qui est interdit, ou au contraire pose des conditions,

des limites, voire des interdits, l'ensemble sous le respect bien compris de l'interprétation stricte des exceptions.

Quelque juriste un tant soit peu observateur de la vie du droit des contrats objectera que cette simplicité n'est pas de mise en droit des contrats, voire en droit tout entier.

En effet, les règles du droit des contrats respectent le fonctionnement ordinaire des règles juridiques : elles sont posées, sans doute par le législateur, mais le législateur, n'étant ni Dieu ni Diable, est incapable de poser des règles parfaites, complètes et sans obscurité.

D'une part, le *besoin de droit* s'exprime difficilement en amont : il est très difficile pour ne pas dire utopique d'imaginer un législateur capable d'envisager des règles qui seraient capables de traiter, à coup sûr et sans omission, toutes les situations qui pourront, ensuite, se présenter. Le besoin de droit s'exprime en revanche pleinement en aval de la législation, sur le fondement de questions qui émergent, aléatoirement et de manière imprévisible, en pratique et qui justifient un contentieux ou un besoin de règles ou du fait des règles existantes qui justifient soit des effets pervers de la norme soit un contournement de celles-ci.

Il en résulte que toutes les règles juridiques, dont celles des contrats, mais surtout celles des contrats pour ce qu'elles sont ordinairement usitées, sont obscures, incomplètes ou absentes. Il en résulte également que les règles juridiques se présentent comme de simples *énoncés normatifs*, des énoncés à interpréter, en présence d'une règle obscure, imparfaite ou absente. Il suffit de prendre pour exemple la *clause de non concurrence* pour se rendre compte de la difficulté : aucune norme législative ne fixe de règle quelconque et ces règles sont apparues au gré des litiges dans un sens qui crée, des normes juridiques contraignantes établissant des conditions posées comme des normes impératives.

Cet exercice d'interprétation s'effectue dans au moins trois directions ou par au moins trois types de personnes.

a) Les contractants en premier, dont on supposera ici qu'ils sont normalement avisés du droit des contrats ou bien conseillés par un juriste connaisseur de ces règles, utilisent la liberté contractuelle qui leur est assurée par la rédaction du contrat ou de parties d'un contrat par des clauses qu'ils auront négociées. Certaines de ces clauses sont bien connues des spécialistes¹⁶, d'autres sont même envisagées ou réglementées par la loi, comme les clauses limitatives de responsabilité, mais d'autres sont d'une sophistication extrême et/ou tout à fait inconnues du législateur.

En outre, les techniques de rédaction de ces contrats obéissent à des

16 J.M. Mousseron et alii, *Technique contractuelle*, Ed F. Lefebvre, 5^e éd. par J. Raynard, P. Mousseron et J.-B. Seube, 2011, W. Dross, Clausier, 2^e éd. Litec, J. Mestre et alii, *Principales clauses des contrats d'affaires*, PUAM, 2010.

contraintes liées aux *usages* ou aux *pratiques* d'un secteur, empruntant des dénominations, des méthodes, des techniques qui correspondent, ou non, à la réalité du droit applicable.

Or, le contractant, à l'aube de la signature d'un contrat, d'affaires, et qui donc revêt une importance particulière pour lui, réalise en principe au moins un « test de validité », éprouvant la validité de la clause susceptible de prêter à discussion et peut-être réalisera-t-il une « opinion juridique » sur cette clause pour s'assurer plus encore de cette validité.

La principale difficulté est que le « test de validité » ainsi réalisé, et en admettant qu'il soit réalisé par un juriste omniscient capable d'émettre un jugement certain sur cette validité, s'effectue sur la base du droit actuel c'est-à-dire sur la base de l'interprétation existante, sur les normes applicables réellement, tandis que la clause sera jugée sur la base du droit futur, celui qui sera le résultat de l'interprétation actuelle du jour de l'appréciation judiciaire de la clause.

Or l'histoire du droit des contrats pullule d'exemples d'interprétations mouvantes, voire contradictoires, de clauses, de contrats, d'institutions contractuelles, comme l'exemple fameux des clauses de non-concurrence l'a montré. Le contractant qui prévoit, aujourd'hui, une clause de non concurrence dans un contrat la validera au regard des critères actuels du droit de la concurrence ou du droit des contrats et s'interrogera par exemple sur l'exigence d'une contrepartie financière dans cette clause (dans un contrat d'affaires), et répondra sans doute par la négative, alors que la clause, pour sa validité même, sera jugée valide sur le fondement du droit applicable au jour du jugement, jour qui peut être très lointain et pour lequel la question de savoir si la rémunération de cette clause sera exigée est inconnaissable. Or, cette norme future potentielle, sans doute jurisprudentielle, sera par nature une norme impérative et donc applicable immédiatement, même aux contrats en cours.

Le « test de validité », qui paraissait si imparable se heurte ainsi aux réalités de l'évolution dans le temps des normes juridiques.

b) Les « commentateurs », en second, disons la doctrine, livrent une interprétation abstraite des énoncés législatifs ou judiciaires, par la voie de traités, manuels, articles ou commentaires de décisions de justice ou de lois nouvelles et il n'est que de feuilleter ces documents majeurs pour identifier des différences, sensibles, offertes par ces interprétations scientifiques.

La tendance, depuis plus d'un siècle, en droit français est de se rattacher à l'existence d'une *théorie générale du contrat, ou des obligations*, laquelle contiendrait tous les principes nécessaires à l'interprétation, voire à la réglementation, du contrat et donc toutes les potentialités d'évolution du droit, ici des contrats.

A y regarder de plus près, d'un point de vue normatif, il y a lieu de

douter de la normativité de cette « théorie ». En effet, le cadre normatif du droit des contrats se situe dans la loi, qui propose des *énoncés normatifs*, et dans la jurisprudence qui détermine le sens actuel de ces énoncés, par des *interprétations* qui forment, réellement et en attendant une autre interprétation, les normes applicables au droit des contrats.

Or, 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 cohérente le droit des contrats est, du point de vue de la normativité des règles, insensé ⁽¹⁷⁾. 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.

Or, si cet ouvrage prétend être tout à la fois concret et réaliste, il ne peut se fonder sur une base normative erronée. Sans entrer dans les détails d'une analyse des normes, il apparaît cependant que la prétention de la doctrine à baliser le droit des contrats n'est pas normativement fondée, celle-ci relevant de la loi d'une part, et du juge, troisième acteur, d'autre part.

c) Le troisième acteur, de loin, le plus important encore que son action ne puisse ignorer, d'une manière immesurable, l'action des deux premiers, est le juge est plus exactement l'ensemble des juges divisés en *juges du fond*, ceux qui traitent le fond du litige, arbitres ou juges étatiques, et le *juge souverain*, celui dont les décisions, et donc dont l'interprétation, ne peut pas être remise en cause par un juge supérieur, assimilé, pour l'essentiel, à la Cour de cassation. Cette distinction ne recoupe qu'apparemment la distinction processuelle entre *juge du fond* et *Cour de cassation*.

Par exemple, la Cour d'appel est considérée comme en charge de l'*interprétation souveraine* d'un grand nombre de situations, les faits, le quantum de l'indemnisation, etc., ce qui en fait, du point de la théorie du droit, sauf d'une part à considérer que ces questions laissées à l'interprétation souveraine des juges du fond ne font pas une norme juridique, et à ce que la Cour de cassation reprenne le contrôle de tel ou tel point, un ensemble de cours souveraines concurrente de la Cour de cassation, mais encore de la Cour de Justice de l'Union européenne, voire du Conseil d'Etat ou du Conseil constitutionnel.

Or, dans toutes les situations de litiges, le juge est confronté à deux

17 Comp. cependant, F.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2012, n°00.03.

contraintes. La première est l'exigence d'un choix entre les propositions de solutions émanant des parties, par hypothèse totalement distinctes. La seconde est l'exigence d'une décision motivée, qui implique donc que ce choix soit juridiquement fondé.

Il s'ensuit, selon des critères propres au juge du fond, une tendance soit à suivre les propositions existant de la Cour de cassation, soit celles de la doctrine, soit d'emprunter des chemins nouveaux : le juge peut être féal, fidèle ou rebelle. L'interprétation rendue ne sera cependant une norme juridique qu'en bout de chaîne, lorsque le juge souverain aura rendu une décision susceptible d'aucun recours : il livre alors une interprétation *authentique* ; celle-ci est la norme juridique applicable au cas particulier ⁽¹⁸⁾. Si l'on reprend l'exemple de la clause de non concurrence, il en résulte que le test de validité réalisé par les parties sera lui-même validé ou invalidé en fonction de la norme juridique du jour de la décision, ce qui est parfois confondu avec une question de rétroactivité de la norme jurisprudentielle ⁽¹⁹⁾.

Nous dirons donc, pour déterminer le contenu de la norme applicable au droit des contrats que celle-ci est la norme existant au jour où un juge doit se prononcer sur le contrat ; que cette norme juridique est la norme interprétée résultant des décisions de la Cour de cassation.

Ce dont il résulte que la norme juridique de droit des contrats est la norme interprétée, c'est-à-dire pour résumer, la jurisprudence de la Cour de cassation (dont les décisions supposent elles-mêmes de nouvelles interprétations) ; que cette norme est elle-même le résultat d'une interprétation, libre, par le juge, des énoncés à sa disposition, textes de lois, jurisprudence antérieure, etc.

Il est clair que cette présentation s'inscrit dans une description *réaliste* du droit²⁰ et s'oppose ce faisant à la conception jusnaturaliste. Comme elle est le plus souvent celle, revendiquée ou subsumée, des juristes de droit privé, une explication s'impose. La *description* positiviste propose de qualifier les normes de manière certaine, et, contrairement, à la méthode jusnaturaliste, sans aucune référence aux valeurs comme technique de qualification de ces normes. La méthode jusnaturaliste procède un peu de la même manière positiviste d'ailleurs, mais un jugement de validité : mais où les positivistes considèrent qu'une norme juridique est telle si elle est conforme à une norme juridique supérieure valide (la loi et la constitution par exemple), la méthode naturaliste considèrent qu'une norme est juridique si elle est conforme à une règle naturelle supérieure, ce qui permet de qualifier et disqualifier normes celles qui répondent ou méconnaissent les commandements naturels.

18 Cf. D. Mainguy, L'interprétation de l'interprétation, JCP, 2011, éd. G,

19 D. Mainguy, L'interprétation de l'interprétation, préc.

20 Pour une rapide bibliographie :

Outre la difficulté à cerner ces droits naturels, s'ajoute celle d'y dénicher des *règles* précises. On voit bien le lien entre le commandement divin « tu ne tueras point » et le droit pénal par exemple, mais dans bien des domaines, celui des contrats par exemple, le lien entre la règle naturelle et la norme juridique est plus difficile, les directives générales du type *équité, morale* ou *justice* étant insuffisant. Il faut donc en passer par un *aruspice* qui est capable de décrypter la loi divine, la *doctrine sociale de l'église* par exemple. En outre, il n'existe pas *un* droit naturel mais *des droits naturels*, concurrents et irréductibles, le droit de la Nature, le(s) droit(s) Divins(s), le droit de la Raison, le droit tiré du comportement général ou encore les lois du marché.

Ce dont il résulte que celui qui invoque *le* droit naturel doit, d'une part, établir auquel il se réfère et d'autre part expliquer le lien réalisé entre le commandement supérieur et la norme juridique souhaitée.

La confusion entre les deux méthodes, positiviste et naturaliste peut, très largement être démêlée. La méthode positiviste se contente de *décrire* le champ des normes juridiques : elle ne prétend aucunement *prescrire* un comportement. N'a aucun sens, par exemple, le fait de commander une solution parce que celle-ci a toujours existé par exemple. Autre est situation dans laquelle le juriste se situe dans l'action, celle de conseiller, de défendre, de légiférer ou de juger. En ce cas, le juriste doit formuler des propositions concrètes et, éventuellement, les soutenir par référence à une conception morale ou naturelle. Par exemple, le fait de soumettre, ou non, la validité d'une clause de non concurrence à une contrepartie financière dépendra, le jour où la question se (re)posera, ou bien d'une conception morale visant à assurer une compensation au débiteur de l'obligation, ou bien encore à organiser un nouvel équilibre dans les relations entre les parties, souvent un fournisseur et un distributeur, ou bien d'une conception économique faisant par exemple de la clause le prolongement d'un contrat qui la prenait déjà en compte, ou bien encore d'une conception morale inverse selon laquelle celui qui s'est engagé l'a fait en connaissance de cause. On pourrait multiplier les exemples à l'infini, par exemple sur le terrain de l'obligation d'information²¹. Or, le juge (souverain) qui tranchera le fera certainement en fonction des arguments présentés et en fonction de ses propres opinions pour proposer une décision qui *sera la norme*. C'est en cela que la norme juridique tient compte de la morale ou de la justice, et donc que la discussion en droit, et notamment en droit des contrats voit s'affronter des courants majeurs, soit moraux, soit sociaux, soit économiques, mais que la description de ce qu'est la norme ne peut en aucun cas en tenir compte : elle peut être juste ou injuste selon les uns ou les autres sans

21 Cf. M. Fabre-Magnan, L'obligation d'information, LGDJ, 1991.

cesser d'autre une norme²².

d) Reste à mesurer le sort de cette « norme » : rien n'interdit de conclure un contrat illicite ou à la validité douteuse voire discutable, du moins pas directement (sinon par la mise en œuvre de règles de responsabilité, civile, disciplinaire ou pénale du rédacteur). Une telle prise de risque est un choix de gestion ou d'habitude. Choix de gestion lorsque les risques et le coût du risque encourus est inférieur au bénéfice attendu de la transgression. Habitude assumée lorsque des usages impliquent, imposent même d'insérer telle clause dans un contrat.

17 Principes « Unidroit » ? Principes pour un droit européen des contrats (PEDC). L'institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a publié en 1994 des « principes relatifs aux contrats du commerce international » en 1994, ensuite complétés en 2004⁽²³⁾. Leur objectif est de proposer, par une forme de concrétisation de la *lex mercatoria* dont les principes Unidroit se réclament, une unification des règles matérielles en matière de commerce international, par une technique alternative aux procédés traditionnels, conventions internationales ou lois-types. L'initiative permet de proposer un ensemble de règles directement accessibles, bien plus que la *lex mercatoria* classiquement entendue, mythique, discutée et difficile d'accès. Elle s'inscrit ainsi dans un processus de codification voire de *restatement* à l'américaine, rejoignant en cela l'enseignement de Lambert, ce comparatiste qui estimait que le but du droit comparé était de parvenir à un droit commun⁽²⁴⁾.

22 « la Justice est une propriété possible, mais non nécessaire, d'un ordre social » : H. Kelsen, *Qu'est-ce que la Justice ?*, préf. V. Lasserre, éd. Markus Haller, 2012. Adde D. Mainguy, Introduction générale au droit, Litec, 6ème éd., 2013, n°81.

23 JCP 1995, III, 67399. V. J.-P. Béraudo, « Les Principes d'unidroit relatifs au droit du commerce international », JCP 1995, I, 3842 ; F.-M. Bannes, « L'impact de l'adoption des principes unidroit 1994 sur l'unification du droit du commerce international : réalité ou utopie », RRJ 1996, p. 933, M. J. Bonell, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Toward a New Lex Mercatoria ? », RDAI 1997, p. 161, B. Fauvarque-Causson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », RIDC 1998, p. 463, J. Huet, Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ?, Les petites affiches, 10 nov. 1995, p. 6, C. Kessedjian, Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit, Rev. crit. DIP 1995, p. 641, C. Larroumet, La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international, JCP 1997, I, 4011, D. Mazeaud, A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando, Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 205.

24 E. Lambert, La fonction du droit civil comparé. Etudes de droit commun législatif, 1ère série, LGDJ, 1903.

Ces « Principes » résultent d'une initiative privée : ils ne bénéficient d'aucun caractère obligatoire malgré leur présentation mais leur autorité et indéniable, dans le champ de l'arbitrage international tout au moins. On y trouve un ensemble cohérent et construit de règles applicables aux contrats internationaux de leur formation à leur extinction, s'appuyant sur des techniques propres à la pratique des contrats internationaux telles que la recherche d'un certain équilibre contractuel, ainsi les « avantages excessifs » sont sanctionnés, et à l'inverse, promues les obligations implicites qui découlent de la nature et du but du contrat, des pratiques établies entre les parties et des usages, de la bonne foi, de ce qui est raisonnable.

L'intérêt est alors multiple, bien que ces Principes, comme les Principes pour un droit européen des contrats ne disposent pas de l'appui d'une institution publique de telle manière qu'ils demeurent dans le champ des codifications savantes. Ils sont ainsi une source non négligeable d'appui à des raisonnements, en matière d'arbitrage mais aussi, quoique rarement, par des juridictions étatiques ⁽²⁵⁾. Surtout, ils révèlent la possibilité, non expressément formulée, de l'hypothèse d'un droit mondial des contrats, comme réponse à la relative anarchie de la mondialisation des échanges.

Les « Principes pour un droit européen des contrats » (PEDC : *Principes pour un Droit européen des Contrats* ou PECL : *Principles of European Contract Law*) se présentent comme un ensemble de règles concurrentes des Principes Unidroit ». Elaborés sur la férule du Pr. Ole Lando et d'universitaires reconnus des différents Etats membres, ces principes ⁽²⁶⁾ érigent un système très voisin de celui proposé par les « Principes Unidroit ». Ils ont été publiés en trois phases, en 1995, 1998 et 2002 pour enfin présenter un visage complet. On retrouve fort logiquement les mêmes objectifs que pour les principes Unidroit, mais dans un contexte européen largement revendiqué. En effet, le Parlement européen a aujourd'hui repris le flambeau universitaire de départ pour promouvoir un futur Code européen des obligations. On retrouve les principes de liberté contractuelle, de bonne foi, l'usage de standards juridiques comme le « raisonnable » ou le « proportionné », comme dans les « Principes Unidroit » quoique les PEDC soient encore plus

25Cf. les résultats d'une recherche : P. Deumier, L'utilisation par la pratique des conditions d'origine doctrinale, *D.* 2008, Chr. p. 494.

26 Cf. C. Priéto (dir.) Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003, dont une excellente introduction, « Une culture contractuelle commune en Europe » par C. Priéto, p. 18 ; Regards croisés avec le droit français, Dr. et Patrimoine, avril 2003, p. 39 s. ; P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003.

développés que les « Principes Unidroit », 200 articles environs, structurés en 17 chapitres, intéressant un droit matériel des obligations et des contrats, éventuellement internationaux.

Les « Principes pour un droit européen des contrats » signalent une « communautarisation » du droit des contrats internationaux, déjà largement entamée avec le Convention de Rome, mais qui s'installe, ici, dans le droit matériel des contrats ⁽²⁷⁾ que les autorités communautaires ont repris à leur compte depuis le début des années 2000 avec, aujourd'hui, non un objectif clair mais, fin 2004, la constitution d'un « Cadre commun de référence » (CCR) dont l'objet est de rassembler les textes existants afin d'améliorer la qualité et la cohérence de l'acquis communautaire ⁽²⁸⁾.

Le projet s'élargit cependant dans une perspective plus vaste de « Code civil européen » voire plus modestement de « Code européen des contrats et des obligations », vœu relayé par les institutions communautaires ⁽²⁹⁾. On observera simplement que les deux formules ne sont pas équivalentes. Les « Principes » instituent un corps de règles souples et non normatives de règles intéressant les contrats internationaux où un « Code » des contrats, qui pourtant prend sa racine

27 C. Jamin, Un droit européen des contrats ?, in *Le droit privé européen*, *Economica*, 1998, p. 40, D. Tallon, Vers un droit européen du contrat ?, *Mélanges A. Colomer*, p. 485, G. Alpa, Les nouvelles frontières du droit des contrats, *RIDC* 1998, p. 1015, G. Rouhette, La codification du droit des contrats, *Droits*, 1996, p. 113.

28 COM 2004 (651), final, 11 oct. 2004, COM 2006, 744 final. Adde, D. Blanc, La longue marche vers un droit européen des contrats, *D.* 2007, *Chron.* 1615, C. Aubert de Vincelles et J. Rochfeld (dir.), L'acquis communautaire, les sanctions de l'inexécution du contrat, *Economica*, 2006 ; A. Tenenbaum (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé européen », vol. 6, 2008, G. Wicker et J.-B. Racine (dir.), B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud (coord.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé européen, vol. 7, 2008.**

29 V. R. Schultz, *Le droit privé européen*, *RIDC* 1995, p. 7, D. Tallon, Vers un droit européen des contrats art. cit., P. Legrand, Sens et non sens d'un Code civil européen, *RIDC* 1996, p. 779, J. Basedow, Un droit commun des contrats pour le marché commun, *RIDC* 1998, p. 7, P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Le droit privé européen*, *Economica*, 1998, C. Witz, Plaidoyer pour un Code européen des obligations, *D.* 2000, p. 79, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), L'harmonisation du droit des contrats en Europe, *Economica*, 2001, A. Chamboderon, La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats, *JDI* 2001, p. 5, N. Charbit, L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la communication de la commission européenne relative au droit européen des contrats, *JCP* 2002, I, 100, Ph. Malaurie, Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte, *JCP* 2002, I, 110, G. Cornu, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, p. 351, Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, *D.* 2002, p. 2202, B. Fauvarque-Causson, Faut-il un Code civil européen ?, *RTD civ.* 2002, p. 463.

dans les « Principes », intéresserait tous les contrats, intégrant les contrats intereuropéens. Deux formules sont proposées par les autorités communautaires dans un document intitulé « plan d'action » et diffusé début 2003, soit pour imposer l'application de ces règles de façon automatique, sauf clause d'*exclusio juris*, comme à propos de la CVIM (formule « d'opt out »), soit pour les présenter de façon facultative, via une clause d'*electio juris*, comme dans les formules traditionnelles du droit international privé (formule « d'opt in »).

Cette question n'est ni nouvelle ni consensuelle. Déjà, en 1928, un projet de Code civil franco-italien, dans la ligne de la pensée d'Edouard Lambert, un comparatiste auquel la question de l'unification des droits était chère, s'était heurté à l'incompréhension des juristes français, peut-être, mais aussi, à l'idée d'unifier le droit français avec celui de l'Italie de Mussolini.

De même, mais pour d'autres raisons, l'unification projetée et la perspective d'un droit européen des contrats ne fait pas l'objet d'un consensus en doctrine, loin s'en faut. La communauté des juristes est en effet divisée entre partisans⁽³⁰⁾ et adversaires⁽³¹⁾ d'un tel projet.

18 Réforme du droit français des contrats de 2016. – Le droit français des obligations, des contrats, de la responsabilité est-il obsolète, ou au contraire équilibré, efficace ? Un rapport conduit sous l'égide de la Banque mondiale *Doing business* avait ainsi considéré le droit français des contrats comme peu efficace, à ranger au fin fond du classement des droits des pays du monde. L'enjeu est fondamental : le choix du droit français dans les contrats internationaux la référence au droit français dans les litiges internationaux ou dans les négociations internationales, l'éventuelle exportation du droit français... si le droit français est aussi épouvantable que ce rapport l'estime, alors il faut en changer très vite.

Certes, la méthode utilisée par le rapport est critiquable⁽³²⁾ mais le constat posé par ce rapport ne peut être nié. Si l'on envisage le droit français des obligations dans son entièreté, avec les yeux d'un juriste français, c'est un droit globalement équilibré, doté de principes forts, pertinents, pérennes qui répond sans aucune peine ni aucune gêne apparente à la plupart des difficultés qui se posent.

30 Cf. not. D. Mazeaud, Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ?, Mélanges X. Blanc-Jouvan, 2005, p.309 ; Ch. Jamin, Vers un droit européen des contrats ? Rev. jur. com. 2006, p. 94.

31 Cf. not. Y. Lequette, Vers un Code civil européen ?, Pouvoirs, 2004, n°107, p. 97, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, art. cit.

32 Et V. la réponse de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, sous la houlette de M. Grimaldi et D. Mazeaud : Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports *doing business* de la banque mondiale, Soc. Leg comp. 2006.

D'un autre côté, les sources du droit des obligations sont multiples, pour l'essentiel les règles telles que posées par le Code civil et le couple doctrine-jurisprudence. Or, le premier est globalement obsolète : bien des questions qu'il traite mériteraient une réforme profonde, bien des articles du Code civil reposent sur une conception du contrat totalement dépassée. Tout se présente dans le Code civil, de 1804, de manière très simple, le droit des obligations est le droit commun applicable à tous les contrats (C. civ., art. 1107) sauf les réglementations particulières, ce qu'on appelle les contrats spéciaux ⁽³³⁾, mais l'ensemble reste fondé sur un modèle, celui de la vente, contrat à exécution rapide, pour ne pas dire instantanée, alors que les besoins du droit des contrats d'aujourd'hui repose sur les contrats de longue durée.

Or, et c'est précisément là le problème, le Code civil a été rédigé pour traiter des contrats usuels d'un propriétaire terrien, bon père de famille de 1804, alors que les questions qui se posent aujourd'hui sont celles des contrats de masse, les contrats de consommation, qui disposent d'un Code à cet effet, et surtout des contrats d'affaires, les contrats de longue durée. D'une part le Code civil est muet sur la question de la gestion du temps dans le contrat mais surtout guère utile pour traiter les grandes questions qui se pose à leur égard, assis sur une conception morale du droit alors que les contrats d'affaires ont besoin d'un droit pratique, économique.

Par conséquent, l'ensemble des grandes questions posées aujourd'hui en droit des contrats ne peuvent assurément trouver leur source dans le Code civil : la proportionnalité, la cohérence contractuelle, l'économie du contrat, les clauses déséquilibrées, le jeu de l'action directe, la négociation du contrat, la cession de contrat, les causes et les effets de l'extinction du contrat, etc. Rien dans le Code civil et c'est donc dans les règles jurisprudentielles qu'il faut rechercher, avec l'aide de la doctrine qui l'explique, l'organise, la met en œuvre. On avouera que ce n'est guère engageant pour un juriste étranger et ça ne l'est souvent pas davantage pour les juristes français eux-mêmes. Nulle trahison dans cette déconsidération du Code civil, bien au contraire, le vœu que le Code se régénère et redevienne cet outil d'interprétation formidable qu'il a été.

Quant au droit de la responsabilité, c'est encore pire, il s'est construit entièrement à côté du Code civil, par le travail massif de la jurisprudence.

C'est dans cet esprit qu'un groupe de travail dirigé par le Professeur P. Catala en 2005 s'est rassemblé de manière à proposer un rapport prenant la forme d'un avant-projet de loi de réforme du droit des obligations (et de la prescription) ⁽³⁴⁾ dont on peut critiquer tel ou tel point, discuter tel

33 Cf. D. Mainguy, Contrats spéciaux, Dalloz, 8^e éd. 2012.

34 >document LXX. V. P. Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, 2006 ; Bref aperçu sur l'avant-projet de

autre, mais dont on doit souligner l'audace et l'opportunité alors que la loi du 17 juin 2008 a repris la partie consacrée à la réforme de la prescription.

Dans le même temps, un projet, concurrent, élaboré par la Chancellerie avait été présenté en 2008 ⁽³⁵⁾, et un troisième, de l'Académie des sciences morales et politiques réalisé sous la direction de F. Terré ⁽³⁶⁾. Enfin, tout récemment, la question s'est posée fin 2013 d'une réforme globale du droit des contrats et des obligations par voie d'ordonnance.

19 Réforme du droit français des contrats de 2016 et contrats de distribution. – La réforme de 2016 propose une forme de synthèse en tenant compte de l'évolution des opérations contractuelles traitées par les règles du droit des contrats, et donc de la jurisprudence, fondées sur les règles du droit civil des contrats, mais nourrie par le contentieux des contrats spéciaux et notamment des contrats d'affaires et de distribution. Deux logiques s'opposent. La première est le rappel du classique enjeu de *sécurité juridique* appliqué au contrat : *pacte sunt servanda*, les contrats, quels qu'ils soient sont obligatoires. Il suffit donc qu'un contrat soit, loyalement, négocié et formé pour qu'il doive être exécuté.

loi de réforme du droit des obligations et de la prescription, D. 2006, Chr. p. 535 ; B. Fauvarque-Causson et D. Mazeaud, L'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations et de la prescription et les principes du droit européen des contrats : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel, LPA 2006, n°146, p.3 ; La réforme du droit des contrats : projets et perspectives, RDC 2006, p. 3 (pour la partie concernant la réforme du droit des contrats), et L'avant-projet de loi de réforme du droit de la responsabilité, RDC 2007, p. 3, adde Ph. Malaurie, Avant-projet de loi de réforme du droit de la prescription en droit civil, Defrénois, 2006, p. 230, A. Bénabent, Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive, D. 2007, Chr. 1800 (pour la partie de la réforme du droit de la prescription).

35 Cf. Not. D. Mazeaud, Réforme du droit des contrats : Haro, en Hérault, sur le projet, D. 2008, Chr. p. 2675, R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats, Première impressions, JCP, 2998, I, 190, Ph. Malaurie, Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats, JCP 2008, I, 204, M. Fabre-Magnan (Entretien), Réforme du droit des contrats : un très bon projet, JCP, éd. G, 2008, I, 199 ; C. Larroumet, De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, D. 2008, Chr. p. 2441 ; O. Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français, D. 2008, Chr., p. 2607, A. Ghozi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, D. 2008, Chr., p. 2609 ; Ph. Malinvaud, Le contenu « certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le *stoemp* bruxellois aux légumes, D. 2008, Point de vue, 2551, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres. Présentation des dispositions du projet de réforme des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, RDC 2009-1, D. Mainguy, Défense, critiques et illustration du projet de réforme de droit des contrats, D. 2009, Chr., p. 308.

36 F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009. Comp. D. Mazeaud, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009, Chr., p. 1364.

L'introduction de l'adjectif « loyal » introduit cependant un bémol dans la formule qui répond à une logique de *justice contractuelle* ou de *loyauté*, voire d'équilibre contractuel. Ces deux logiques sont parfois contradictoires : dès lors qu'un contrat est formé, il doit être exécuté, quitte, pour celui qui conteste les conditions de sa formation ou l'existence d'un déséquilibre, d'une irrégularité, à le contester. Il semble donc qu'une hiérarchie soit consacrée, mais maintenue : les contrats sont obligatoires et doivent être exécutés, mais une contestation, *a posteriori*, fondée sur un défaut de *justice contractuelle* soit possible. Une autre considération est possible cependant si on admet que la place laissée aux *contrats d'adhésion* est une source d'interprétation nouvelle des contrats d'affaires. En l'état, l'article 1110 du Code civil propose une distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion dans des termes peu diserts : « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

L'exégèse de ce texte permet de nombreuses interprétations, à trancher par la Cour de cassation mais elle permet de proposer deux logiques majoritaires et contradictoires. La première consiste à minimiser le poids des contrats d'adhésion, résumés à peu de choses près aux contrats de masse, sur le modèle des contrats de consommation. Les contrats sont de gré à gré dès lors qu'une négociation est envisagée, voire dès lors qu'un projet de contrat est simplement « négociable ». Cette catégorie rassemble la majorité des contrats d'affaires, les contrats d'adhésion étant l'ensemble des contrats conclus sur la base de « conditions générales », lesquelles sont à rapprocher des conditions de mise en œuvre de l'article 1119 du Code civil. Une seconde permet au contraire de considérer que les « conditions générales » d'un contrat sont les éléments essentiels d'un contrat qui, dès lors qu'ils sont rédigés à l'avance par un contractant, déterminent un contrat d'adhésion. Les contrats de gré à gré seraient alors les contrats conclus, librement, sur tous les points, entre les parties. On voit ici se forger une distinction qui dépasse celle, très familière au droit de la distribution, entre les contrats de dépendance, les *contrats structurellement déséquilibrés* ⁽³⁷⁾, et les autres. Il suffirait de constater que les éléments essentiels d'un contrat sont prérédigés, peu important que des éléments soient effectivement négociés ou négociables, pour qu'ils intègrent cette catégorie.

Cette distinction est majeure dans la mesure où le régime des contrats d'adhésion propose une véritable révolution dans l'approche du

37 Th. Revet, « Les contrats structurellement déséquilibrés », D. 2015, 1217 ; F. Chénéde, « Les contrats d'adhésion », D. 2015, p. 1226.

contrat. En effet, sous l’empire du Code civil de 1804, la jurisprudence avait développé une jurisprudence importante visant à rééquilibrer certains contrats, éliminer des clauses déraisonnables, etc., en interprétant de manière très volontaire les règles en matière de cause (C. civ., ex-art. 1131) ou d’exécution loyale des contrats (C. civ., ex. art.1134, al. 3) par exemple, ces innovations ayant cependant vocation à s’appliquer à tous les contrats, u compris les contrats véritablement de gré à gré, ce qui était sans doute inopportun. Désormais cependant, les contrats d’adhésion disposent d’un régime propre dont rend compte par exemple l’article 1171 du Code civil et l’élimination des clauses abusives, ou l’article 1190 du Code civil (« *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* »), et bien d’autres.

B. – FONDEMENTS D’UN DROIT DE LA DISTRIBUTION

20 Evoquer les « fondements » du droit français des contrats affaires permet, en général d’envisager deux questions, celle de savoir pourquoi, c’est-à-dire pourquelles raisons juridiques, un contrat est obligatoire et celle de mesurer, si c’est possible, les fondements politiques et philosophiques du droit des contrats.

La première est la question de savoir **pourquoi les contractants doivent respecter un contrat** et les **réponses** qu’on peut lui fournir.

1. Le respect des contrats

a) La doctrine de l’*autonomie de la volonté*

21 La doctrine de l’autonomie de la volonté³⁸ a longtemps été privilégiée comme fondement majeur sinon unique, comme si l’idée fondatrice de la modernité en politique, selon laquelle l’homme, libre par lui-même, égal à l’autre, et autonome est légitime pour conférer, par la seule expression abstraite de sa volonté de conclure un *contrat social*, pouvait également se décliner dans le champ des échanges économiques.

22 Le principe de l’autonomie de la volonté est en effet un principe politique. *L’auto-nomos* est la possibilité pour toute personne de se donner des règles à elle-même. Elle dépasse alors la logique pré-moderne selon laquelle la norme qu’une personne subit dépend d’un autre, Dieu, la Nature, le Roi, avec des liaisons bien entendu, le roi de droit divin est un

38 D. Mainguy et J.-L. Respaud, Droit des obligations, Ellipses, 2009, n°56.

droit *juste* qui dispose *justement* de ses sujets ⁽³⁹⁾. Au contraire, la modernité politique propose de délier la soumission aux lois de l'autorité du chef pour renverser la perspective : le chef, roi, empereur, président, représentant, ne l'est que par délégation de la communauté des hommes libres et autonomes qui leur donne mandat de formuler les règles *justes*. Le principe de l'autonomie de la volonté était donc une reformulation du principe de justice ou de légitimité de la norme.

L'idée a longtemps prévalu, notamment grâce à – ou à cause de – la thèse d'Emile Gounot, en 1912, « *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé* » ⁽⁴⁰⁾, supposément comme héritage kantien, Kant n'ayant jamais eu l'idée de s'intéresser au droit sans son aspect technique d'une quelconque façon ⁽⁴¹⁾. Sa déclinaison, très pauvre ⁽⁴²⁾, dans le droit des contrats s'explique par l'engouement généralisé pour les idées de la Révolution française exprimées dans le Code civil, d'autant que l'ordre juridique ainsi créé n'avait rien de terriblement subversif, bien au contraire. Dès lors, l'autonomie de la volonté comme explication rationnelle et technique de légitimation du caractère obligatoire du contrat convenait parfaitement., notamment en ce qu'il justifie que le contrat soit, par nature en quelque sorte un outil de justice sociale et économique, mieux une technique d'agencement optimale des règles de droit, notamment en droit des contrats alors que les zones de turbulences, dans les relations de travail, entre assureur et assurés, entre producteurs et agents, commençaient à poindre. Ce faisant le libéralisme politique qu'organisait le principe politique de l'autonomie de la volonté se transformait en un libéralisme économique fondé sur un principe juridique de l'autonomie de la volonté.

Les logiques politiques sont bien connues : « *tout ce qui est contractuel est juste* » selon le mot du philosophe libéral Fouillée à la fin du XIX^{ème} siècle et Loisel écrivait également : « *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit romain* ». Mais, « *entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère* » ajoutait cependant Lacordaire, comme prémisses à l'interventionnisme juridique

39 Par exemple pour des juristes comme Domat, prémoderne, « *Etre libre c'est se conformer aux comandements de Dieu, qui se sont substituées, dans la doctrine chrétienne, à l'ordre de la nature* » (J.-P. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1er du Code civil, RTDciv. 2001, p. 265, sp. n°4).

40V. aujourd'hui : V. Ranouil, L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, Trav. univ. Paris II) 1980, D. Terré-Fornacciari, L'autonomie de la volonté, Rev. sc. morales et pol. 1995.255 ; E. Putman, Kant et la théorie du contrat, RRJ, 1996, p. 685.

41 Comp. E. Kant, Métaphysique des mœurs, ère Partie, Doctrine du droit, Vrin, 1993.

42 Cf. C. Jamin, Une brève histoire politique de l'interprétation de l'article 1134 du Code civil, RTDciv. 2002, p. 901.

du XXème siècle.

La « doctrine de l'autonomie de la volonté » repose en effet sur plusieurs postulats fondamentaux, directement projetés des préceptes de base de la philosophie individualiste : « *Tous les contractants sont égaux entre eux* » parce que l'homme, sujet de l'activité juridique, est considéré comme un personnage abstrait, un *homo juridicus*. Montrant bien les idées de l'époque, le philosophe libéral Fouillée écrivait dans *L'idée moderne du droit*: « *La philosophie du XVIIIème siècle tendit à faire descendre le principe divin dans l'homme, considéré comme divin en lui-même et par lui-même* » : idéalisme inverse de celui de Platon, donc. Deux idées découlaient de ce point de départ. En premier, une conception abstraite des relations sociales, fondée sur l'idée de pleine égalité des individus : tout individu est un souverain et les souverains sont, par définition, égaux entre eux. Il suit que toute obligation ne peut reposer que sur la volonté de l'obligé et que cette volonté de l'obligé souverain est une volonté indépendante et libre. Au plan politique cela donne, en suivant les pas de John Locke : « *Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable et puisque la force ne produit aucun droit, restent les conventions pour base de toute autorité parmi les hommes* ». Ensuite, une conception optimiste des relations sociales. Présentant le résultat de ces relations, Rousseau écrivait que « *le souverain par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être* ». Il en découle une croyance en l'automatisme des agencements optimaux découlant de cette conception abstraite et optimiste des relations interindividuelles, le libéralisme traditionnel se développe à partir de l'idée que l'accord optimal est obtenu par la confrontation de volontés d'égales puissances en toute liberté, en dehors, surtout, de toute intervention du groupe, de l'organisation collective. Au plan économique, cela donne les thèses du libéralisme économique, fondées sur l'ajustement automatique de l'offre et de la demande, hostiles à toute intervention des pouvoirs publics dans les relations économiques : « *laisser faire, laisser passer...* », laisser contracter : la « main invisible » d'Adam Smith ici contractualisée. L'ensemble fonde un système juridique composé d'institutions considérées comme justes, mais tout cela est très éloigné des principes fondant le droit des contrats.

Définitivement, ce que les juristes nomment « doctrine juridique de l'autonomie de la volonté » synthétise un concept très simple qui peut se rattacher au positivisme, à la sociologie, à un certain idéalisme, et de ce point de vue peut sembler un dénominateur commun : le respect de la parole donnée, *pacta sunt servanda* et dont résulte quelques « principes » du droit des contrats, dits parfois « principes directeurs » du droit des contrats : le principe de la liberté contractuelle, le principe du consensualisme, le principe de la force obligatoire du contrat, le principe

de l'effet relatif du contrat. A s'en tenir à une lecture rapide des textes du Code civil, ce dernier paraît avoir intégré sans réserve la doctrine de l'autonomie de la volonté : les articles 1102, 1103 et 1193 par exemple semblent en effet décliner ses préceptes, reprenant ceux de l'ancienne version du Code civil.

A y regarder de plus près, cependant, les rédacteurs du Code civil se sont montrés plus prudents qu'il n'y semble. C'est ainsi que l'article 1103, al. 1er ne confère pas la primauté à la volonté : les contrats *légalement formés* tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, de sorte que la volonté n'est productive d'obligation que pour autant que la loi l'autorise. Le contrat n'est donc pas obligatoire par les seules vertus de la rencontre des volontés qui le forme, mais par l'effet de la norme : la force obligatoire naît donc de la loi, du droit, qui lui accorde suffisamment de valeur pour quelle résulte, *en principe*, de la volonté.

Par ailleurs, le Code civil a envisagé tout une série de garde-fous : la théorie des vices du consentement, de l'objet ou de la cause, du but aujourd'hui, pour « *désabstraire* » le consentement et les volontés qui le forment et assurer un contrôle de la conformité à l'ordre public, et peut-être surtout, l'application de la *bonne foi* dans les contrats, posées par l'article 1104 du Code civil, remaniant l'ex-article 1134, al. 3, pourtant très récemment exhumé.

D'ailleurs, comment pourrait-on concilier, à défaut, les deux affirmations traditionnelles en matière de droit des obligations : le droit des obligations doit tout entier au droit romain, qui ignore l'autonomie de la volonté et le droit des obligations repose sur l'autonomie de la volonté ? Le Code civil a, en réalité, réussi une synthèse de toutes ces influences.

23 Les critiques à la liberté contractuelle reine s'accumulent, et les réponses parvenant par voie d'autorité, sous les coups de boutoir du législateur permettait de douter que la *justice*, contractuelle à tout le moins, ne s'incarne simplement dans le principe de liberté contractuelle, avec ou sans contrainte. La philosophie individualiste du XVIII^{ème} siècle a en effet été contestée sur le fondement des évolutions résultant de la conscience de contraintes sociales, économiques, financières, etc., tout aussi importante que la liberté. Les concepts fondamentaux sur lesquels elle avait été construite se sont révélés à certains égards inexacts et insuffisants. A l'homme abstrait, défini par le seul raisonnement ou la pure imagination, au Robinson, à l'*homo economicus*, à l'*homo juridicus* des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, se substitue la vision d'un homme réel, dans un contexte social, économique, familial. L'optimisme des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles se nuance et meurt entre 1940 et 1945. Malgré l'intrusion récente de schémas philosophiques propres à convaincre de l'aggravation

de notre condition humaine (la fin de l'histoire, la condition humaine face aux neuro-sciences, la question de la destruction potentielle de notre milieu naturel, etc.), la mentalité collective reste marquée par la croyance en un monde terrestre meilleur, la croyance en un progrès sans fin (à tous les sens du terme, d'ailleurs). Toutefois, un doute s'installe sur l'automatisme des ajustements optimaux. La faveur pour un certain interventionnisme succède à la révérence des automatismes naturels⁽⁴³⁾. Au plan économique, on ne croit plus à l'automatisme parfait des équilibres économiques et le schéma concurrentiel pur apparaît comme une représentation idéale, sans lien direct avec la réalité. L'interventionnisme pesant de l'Etat et ses résultats éloquentes liés au totalitarisme communiste ont certes provoqué un retour au libéralisme, mais à un libéralisme réaliste fort éloigné du « laissez-faire, laissez-passer ». Le clivage passe entre libéraux qui, fidèles à une certaine filiation rousseauiste, considèrent que la liberté dépend des individus de sorte que l'ordre juridique est par nature spontané, et ceux qui considèrent que l'Etat est le garant des libertés publiques : il les construit, les proclame et les met en œuvre, par l'intervention des lois, elles-mêmes constitutionnellement contrôlées, et des juges : le système français repose tout entier sur cette logique.

Les postulats sur lesquels était construite la « doctrine de l'autonomie de la volonté » se sont affaiblis sous des considérations bien connues : le droit du travail nie la liberté contractuelle plus qu'il la valorise, les contrats de masse révèlent l'inégalité économique entre les parties, et les dangers liés à certains produits, les nouvelles technologies, des machines à l'ordinateur, montrent les gouffres d'ignorance de certains contractants, etc.

24 Il convient en outre d'observer le bouleversement que propose, ou pourrait proposer la conception qu'insufflé le nouvel article 1110 avec la notion de « contrat d'adhésion » qui, par hypothèse fait « contrat » quelque chose qui n'est le produit que d'une seule volonté réelle, et de l'adhésion à celle-ci. A bien des égards si la portée de l'article 1110 du Code civil est réelle, c'est-à-dire non limitée à des formes de contrats de masse comme les contrats de consommation, alors pourrait résulter une conception dualisée du contrat, une conception fondée traditionnellement sur les contrats de gré à gré, ou pourrait régner pleinement le principe de la force obligatoire du contrat produit de deux volontés réelles (et sans doute égales), et une autre sur les contrats d'adhésion, impliquant alors une mise en œuvre plus souple de la règle, tempérée soit par des règles impératives, soit par la possibilité offerte au

43 Comp. Cependant, F. Hayeck, *Droit, législation, liberté*, Puf, Quadrige.

juge de donner aux concepts de bonne foi ou de « but » un impact qui ne rebondirait pas sur les contrats de gré à gré (comp. infra, n°).

b) La conformité à la norme juridique.

25 Contre ce principe, devenu de *droit naturel*, et soit dépassé soit trop pauvre pour expliquer les ressorts de l'évolution du droit des contrats, apparaissaient d'autres explications, dont la critique positiviste reposant simplement sur le critère de *l'obéissance à la loi*, ou plus exactement de *l'obéissance à la norme*, entendons alors de la norme nouvelle, la norme sociale, la norme impérative.

La norme juridique de l'article 1103 du Code civil et de toutes les normes qui permettent d'obtenir l'exécution, en nature ou par équivalent peu importe, d'un contrat, justifie, à elle seule, le caractère obligatoire du contrat, norme dérivée, privée et relative⁴⁴. Dans la conception kelsénienne de l'Etat de droit, c'est la norme valide et elle seule qui *prescrit* et confère une autorité à une norme dérivée sa propre normativité. Si le contrat est obligatoire, ce n'est donc pas parce qu'il est l'expression d'une liberté utopique, mais bien parce qu'une norme, l'article 1134 du Code civil tel qu'appliqué et interprété par les juges, lui confère cette autorité.

Une critique de cette position est souvent réalisée par les jusnaturalistes qui limitent la « loi » de l'article 1103 du Code civil à l'idée de contrainte, et l'oppose à toute idée de justice ou de morale⁴⁵, par une confusion entre la « loi » et la « norme juridique ». Or, la méthode normativiste n'ignore pas la morale ; elle tient simplement que les normes sont qualifiées telles indépendamment de tout jugement moral. Une norme est norme parce qu'elle est valide, peu important qu'elle soit morale ou non. On peut constater par exemple que l'article 1103 du Code civil est interprété avec comme contrepoint une interprétation de l'article 1104 et la référence à la « *bonne foi* » que certains considèrent comme « morale ». La « loi » de l'article 1103 du Code civil serait donc la contrainte du contrat, sa lettre au moment de la conclusion du contrat en tant que règle juridique interpartes, la loi en tant qu'elle est applicable au contrat, tel qu'elle existe au moment de la conclusion du contrat ou telle qu'elle existera aujour où le juge se prononcera (y compris par un

44 G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Th. dr. Paris I, 1965, La force obligatoire du contrat, in D. Tallon et D. Harris (dir.), Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, LGDJ, 1987, p. 27. Adde H. Battifol, Problèmes de base de philosophie du droit, LGDJ, 1979, p. 359, pour qui les contractants sont « *hissés à la dignité de législateurs* ».

45 Cf. Pour une considération à la fois jusnaturaliste et historique : J.-P. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1er du Code civil, RTDciv. 2001, p. 265.

revirement de jurisprudence s'appliquant tout à la fois à la norme et à ce contrat objet de l'arrêt) : il convient de lire l'article 1103 de la manière suivante, « *les contrats formés conformément aux normes juridiques en vigueur tiennent lieu de règle obligatoire à ceux qui les ont faits* ».

La difficulté réelle de ce fondement tient au fait que les normes contractuelles reposent pour beaucoup sur des habitudes, des standards juridiques, comme la faute, la bonne foi, le caractère raisonnable ou légitime ou loyal ou encore proportionné, etc. de tel mécanisme. Or ces standards, dont les caractères généraux sont posés par la Cour de cassation sont appréciés par les juges du fond souvent de manière souveraine, ce qui laisse une grande part à une certaine liberté d'appréciation du juge du fond, faisant ainsi échapper des notions fondamentales à la logique normativiste d'obligatoirement et de validité des normes juridiques.

26 L'opposition en ces deux fondements est radicale. L'idée de l'autonomie de la volonté réalise pleinement la conception selon laquelle la liberté des hommes, par exemple de contracter, est naturelle et qu'elle est supérieure aux lois, de sorte que les limitations à cette liberté sont soit impossibles soit très restreintes et c'est cette supériorité, associée au principe de l'effet obligatoire qui résulte de l'engagement librement consenti, qui réalisent l'idéal de Justice. On aurait d'ailleurs tort de penser que cette conception est ancienne, voire dépassée, dans la mesure où elle correspond au contraire à l'idée assez moderne et présente du libéralisme maximaliste qui considère que les lois contraignantes ne se justifient que dans des situations exceptionnelles, le contrat, la coopération assurant une forme d'autorégulation des marchés.

L'idée selon laquelle le contrat est obligatoire parce qu'il est conforme à la loi est au contraire le résultat d'une conception libérale distincte, selon laquelle les libertés n'existent pas simplement à l'état naturel, ou comme idée, mais parce qu'une loi, une norme juridique plus largement, la proclame et en garantit l'exercice.

Entre ces deux fondements, celui de l'autonomie de la volonté *a priori* indépendante de toute norme supérieure, et la soumission à la norme supérieure, le droit français se rattache, par tradition philosophique mais également par conviction, à la seconde, quand bien même un certain nombre de situations juridiques assure la discussion de la plénitude de ce fondement.

C'est le cas par exemple le champ international, où l'on observe, certes des contraintes, mais souvent trop complexes ou trop longues pour sérieusement et utilement expliquer le caractère obligatoire ou spontanée de la norme contractuelle.

Dans le champ international en effet, les normes juridiques

applicables, outre les règles nationales ou internationales ordinaires organisant la solution des conflits de lois ou de juridictions, coexistent avec des normes « douces » et des méthodes de régulation alternatives. Les « Principes généraux du commerce international », les « Principes Unidroit », ou les Principes pour un droit européen des contrats » formulent des « règles » de source privée souvent respectées, notamment par les arbitres internationaux.

De même, les contrats internationaux sont soumis à un système juridique qui peut être une loi nationale. Toutefois, les parties sont libres de choisir n'importe quelle loi nationale à leur contrat international, même sans aucun rapport avec les parties ou l'objet du contrat. De même, les parties peuvent choisir que le contrat ne sera rattaché à aucune loi nationale mais à un système non étatique comme les Principes Unidroit, voire les Principes généraux du droit du commerce international, informulés, ou la mythique *Lex mercatoria*. Enfin, les parties peuvent choisir de soumettre le litige éventuel qui pourrait survenir à une juridiction non étatique, un tribunal arbitral qui, dans l'arbitrage international est considéré comme ne disposant pas de « for », c'est-à-dire de système juridique national de rattachement.

Cette situation, moins exceptionnelle qu'on pourrait le penser, surtout face au développement des échanges internationaux, fonde l'idée que le contrat, international au moins, ou l'arbitrage international (qui repose sur un fondement contractuel) échappent à la contrainte étatique ou nationale et donc au fondement positiviste.

Si tel était le cas en droit français des contrats, il devrait en résulter que le caractère obligatoire du contrat ne s'explique pas, ou en tout cas entièrement et il faudrait alors délimiter les frontières de cette exception autonomiste, par la soumission du contrat à la norme juridique étatique, ou bien au contraire que le principe de l'autonomie de la volonté, universel, connaît une ou des exceptions nationales, voire qu'existe un autre fondement.

27 L'idée de la *confiance légitime* qui animerait les contractants pourrait ainsi expliquer ou « co-expliquer » la raison du respect des contrats et de la soumission aux règles du commerce international.

Elle correspond alors à une forme de justification *sociologique* et *psychologique* du comportement contractuel : pourquoi respecter un contrat ? Parce que la parole est engagée d'une part part que la violation de celle-ci pourrait être couteuse (ce qui renvoie à la conception économique) et surtout produirait un effet d'éviction du groupe social.

Cela se conçoit entre « grands commerçants », peu nombreux et finalement très liés par des intérêts voisins sinon communs, à supposer cependant que tous respectent les conditions pour qu'une telle confiance

légitime prospère, mais sans doute moins dans une logique de prolifération des acteurs du commerce international.

En toute hypothèse, la conception positiviste permet d'expliquer l'impression de liberté naturelle qu'inspire le fonctionnement du droit des contrats internationaux. Si en effet on admet qu'un contrat soumis aux Principes Unidroit ou aux Principes généraux du commerce international, ce n'est pas parce que les parties se vouent une confiance légitime (réelle ou feinte), ni parce que les contractants disposent d'une liberté totale qui leur permet ainsi de s'abstraire de toute référence à une loi nationale quelconque, mais bien parce qu'une norme de rattachement, la norme française par exemple valide cette possibilité, ce qui avait été admis dans un arrêt de la Cour de cassation en 1990.

De même, si les arbitres internationaux peuvent se référer à ces mêmes principes, plutôt qu'à telle ou telle loi nationale, ce n'est pas en raison du caractère anational ou supranational de l'institution arbitrale mais bien parce que au cas où l'une des parties à l'arbitrage ne se soumettrait pas spontanément à la sentence arbitrale ou qu'elle considérerait que la sentence est affectée d'un vice quelconque, qu'elle dispose de la possibilité d'obtenir l'exequatur de la sentence ou de son annulation et que la décision d'exequatur ou le rejet de l'annulation dans ces conditions valide, ou habilite, le choix réalisé par les parties. Il suffirait donc qu'une loi nationale ne retienne pas la possibilité de se référer à une loi autre que nationale pour que la liberté, tout du moins à l'égard de cette loi nationale, s'évanouisse, et il suffirait que toutes les lois nationales ne rejettent pour qu'elle disparaisse : c'est donc bien par rattachement, par conformité, à un système normatif national qui proclame cette liberté que celle-ci existe.

b) Le mystère des fondements des règles du droit des contrats.

28 Il est bien entendu très difficile de les débusquer, sauf à s'en tenir à quelques généralités ou quelques grandes logiques en concurrence et rares, d'ailleurs sont ceux qui se risquent à réaliser cette description⁴⁶.

Deux logiques principales se confrontent, lesquelles ne sont d'ailleurs ni uniformes ni univoques.

29 **i)** Le premier de ces fondements, plus familier aux juristes français, est le **fondement moral** qui se dégage des règles du droit des contrats.

Les exemples sont considérables à travers des institutions juridiques

46 Cf. Th. Génicon, Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? in la place du juriste face à la norme, Dalloz, 2012, p.85.

comme celle de *bonne foi*, de *faute*, d'adjectifs utilisés à foison *légitime*, *loyal*, *abusif*, *proportionné*, *raisonnable*, *dérisoire*, etc., mais encore des mécanismes juridiques, comme les vices du consentement, la cause, la technique de la résolution judiciaire, l'extension de la responsabilité contractuelle, etc. marquent les éléments relevant d'une *analyse morale minimaliste*, et selon laquelle à l'instar de l'un des livres phare de Ripert, *La règle morale en droit civil*, l'ensemble des règles, entendons des règles légiférées, des règles du Code civil et notamment des règles du droit des contrats, est déjà imprégné de morale, par référence à la tradition chrétienne qui a confectionné ces règles au cours du temps, reprise par la modernité de la Raison. Dès lors, point n'est besoin d'ajouter de la morale dans l'interprétation et surtout de « surmoraliser » l'interprétation des règles déjà morales du Code civil. Il n'est donc pas besoin d'assurer le contrôle des clauses déséquilibrées, ou de permettre au juge l'identification d'obligations « inhérentes » au contrat et non prévue par la lettre de celui-ci, par une interprétation volontariste et alors considérée comme exagérée, de l'article 1104, ex-1134, al. 3 du Code civil notamment.

Or, cette conception est confrontée à une autre analyse morale qui au contraire considère que, au contraire, le fondement du droit des contrats repose sur une morale adaptée à son temps, par exemple à celui des contrats issus de rapports de force déséquilibré, dans les rapports de droit du droit, de consommation, d'affaires parfois, et les derniers développements du *solidarisme contractuel* initié depuis le début des années 1990 ⁽⁴⁷⁾ sont une illustration brillante et plutôt efficace d'une telle analyse morale, que nous dirons *analyse morale maximaliste*.

L'opposition entre les deux est très forte. Les tenants de l'analyse morale maximalistes tiennent les seconds pour les zéloteurs d'une conception larmoyante, iréniste du contrat, d'une conception sociale, voire socialiste du contrat, tandis que ceux-ci tiennent les premiers pour les tenants d'une conception individualiste, économique voire « libérale » du contrat, ce sens libéral étant alors associé à sa caricature, la figure d'un ultralibéralisme pourtant assez absent dans la pensée juridique française.

Or la question du fondement libéral du droit des contrats ne fait pas de doute et correspond d'ailleurs à la réponse à la première question : le droit français, libéral, fonde l'obligatoirement du contrat sur la norme, libérale, qui le régit.

On peut penser cependant que l'analyse économique du droit ou des contrats est d'une part très peu usitée en France ou plus exactement chez les juristes français et surtout que l'analyse ici présentée comme *morale*

47 Cf. D. Mainguy et J ;-L. Respaud, Droit de obligations, Ellipses, 2009, n°66.

minimaliste est très éloignée des méthodes et des concepts utilisés par l'analyse économique, de sorte que l'adjectif « individualiste », qui demeure moral, est préférable, ou à tout le moins celui ici présenté, d'*analyse morale minimaliste*. D'ailleurs les tenants de l'*analyse morale minimaliste* ne réclament pas la suppression de la notion de « faute », de « bonne foi », d'abus, de la théorie des ices du consentement ou encore de la cause, mais une interprétation de ces concepts selon l'analyse « classique » de ceux-ci, contre la forme de contamination qui résulte de décisions qui sont fondés sur des contrats particuliers mais ont vocation à s'appliquer à tous les contrats.

Quant à l'autre, l'*analyse morale maximaliste* n'est qu'apparemment sociale. En effet, ce n'est pas un contractant en tant que faisant partie d'un groupe déterminé, ou d'une classe sociale, sauf pour ce qui relève du droit du travail, que cette analyse propose des solutions particulières, mais en tant que contractant, au singulier, et fondées sur un renforcement des concepts classiques voire le développement de concepts nouveaux, le renforcement des pouvoirs du juge, etc. et qui s'inscrivent aujourd'hui derrière une perspective, celle du solidarisme contractuel ⁽⁴⁸⁾.

Ce dernier, ouvertement fondé sur un concept d'équilibre dans le contrat, voire de justice morale, sans toutefois que les ressorts profonds, véritable engagement pieux ou vague notion moraliste, en soient véritablement révélés, ou plus exactement de redécouverte d'un équilibre qui aurait été perdu. Question de cycle sans doute, largement promu ou critiqué sous l'Ancien Régime, au début du XX^{ème} siècle ⁽⁴⁹⁾ et retrouvé dans le courant des années 1990 et 2000 et qui correspond et accompagne la montée en puissance des contrats d'affaires et les transformations que cela emporte ⁽⁵⁰⁾ où le sens de la « coopération » dans le contrat interroge la compréhension des juristes ⁽⁵¹⁾. Au-delà de la signification politique

48 Cf. D. Mazeaud, La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité, Mélanges F. Terré, 1999, p. 603.

49 R. Demogue, Traité des obligations en général, t.6, 1932, p. 3. Sa formule a fait florès : « 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 la société civile ou commerciale. Alors l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer à une certaine union ».

50 C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, p. 357.

51 « Le solidarisme contractuel consiste en une exigence de civisme, qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération des intérêts légitimes de son cocontractant et qui repose sur les idées d'altruisme, de décence, de cohérence et de coopération. Ce devoir imposé aux contractants d'exercer les droits et les pouvoirs que leur confèrent la loi ou le contrat dans le respect de l'intérêt légitime d'autrui a, essentiellement, vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur

du « mouvement solidariste », dont on a pu dire qu'il était d'inspiration tantôt morale, tantôt sociale, il révèle que les modifications du droit des contrats, sous l'influence de celles du droit des contrats d'affaires inspire une analyse morale ⁽⁵²⁾ ou éthique ⁽⁵³⁾ faisant naître des notions comme celles de proportionnalité ⁽⁵⁴⁾, de l'économie du contrat ⁽⁵⁵⁾, de déséquilibre contractuel ⁽⁵⁶⁾, de cohérence contractuelle ⁽⁵⁷⁾, etc.

exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au contractant dominant de fixer unilatéralement le contenu du contrat, qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent dans une clause d'exclusivité. Même si le bras armé du solidarisme contractuel est le juge, il n'en résulte pas inéluctablement une instabilité contractuelle fatale ; simplement, se dessine un droit plus flexible, moins désincarné, un droit social des contrats dans lequel les profits de l'un ne doivent pas s'accumuler au mépris de la survie économique de l'autre » : D. Mazeaud, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, D. 2002, p.2841. Adde D. Mazeaud, Le nouvel ordre contractuel, RDC 2003, p. 285 ; La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité, Mélanges F. Terré, 1999, p. 603, Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in , in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), Le solidarisme contractuel, op. cit., p.57, Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime, Mélanges J.-L. Aubert, 2005, p.235, La politique contractuelle de la cour de cassation, Mélanges Ph. Jestaz, 200-, p. 371 ; C. Jamin, Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'art. 1134 c. civ., in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Dr. et patrimoine mars 1998, p. 46 ; Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal, Mélanges F. Terré, 1999, p. 125, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Mélanges Ghestin, 2001, p. 442 ; Une brève histoire politique des interprétations de l'art. 1134 c. civ. », D. 2002, Chron. p. 901, Quelle nouvelle crise du contrat, in La nouvelle crise du contrat, 2003, p. 7, Le procès du solidarisme contractuel, brève réplique », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), Le solidarisme contractuel, op. cit., p.1600 Et enfin, pour clore le débat, Y. Lequette, Bilan des solidarismes contractuels, Mélanges P. Didier, 2008, p. 247 et D. Mazeaud, La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises, Mélanges J. Hauser, 2012, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905.

52 Comp. Ph. Le Tourneau visant une « obligation de se soucier de la situation de l'autre partie » (Ph. Le Tourneau, La bonne foi, *Rep. Civ. Dalloz*, 1995, n°44 ; Adde : C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997.357) ou A. Seriaux vantant le contrat comme un « haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre justice à l'autre », (...) « la bonne foi de l'article 1134 c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère » (A. Sériaux, Droit des obligations, Puf, coll. « Dr. fond. », n°55). Ou un « Aidez-vous les uns les autres » (D. Mazeaud, Rapport de synthèse au 94ème congrès des notaires, in Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, Defrénois 1998, art. 36874).

53 T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in J.-Y. Naudet, (dir.), *Ethique des affaires : de l'éthique des entrepreneurs au droit des affaires*, PUAM, 1997, p. 207

54 S. Pech-Le Gac, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000.

55 S. Pimont, L'économie du contrat, Dalloz, 2003.

56 V. Lasbordes, Les contrats déséquilibrés, PUAM, 2000, L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, LGDJ, 2002.

57 D. Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001.

Il n'en résulte pas que le droit des contrats soit une sorte de catéchisme efficace, mais simplement que, en droit des contrats, le fondement moral peut être considéré comme une explication majeure de ses règles sans toutefois que ce fondement soit unique. A défaut, on n'expliquerait difficilement l'application stricte de la force obligatoire du contrat, la théorie de l'imprévision, etc.

30 ii) L'autre fondement possible, plus anglo-américain, voire très américain est le fondement *économique* du contrat, envisagé comme concurrent d'un fondement moral.

Il s'agit ici d'une logique envisagée du point de l'*efficacité* de la norme contractuelle, substituée à l'analyse morale envisagée du point de vue de la *justice* de la norme. Or, l'analyse économique du contrat – même si le pluriel s'imposerait – se présente comme un concurrent de l'analyse morale, présentée comme l'analyse « juridique », où le critère de l'efficacité devient la technique de validation de la norme juridique.

L'analyse économique se fonde en effet sur un traitement de la crise de l'interprétation mais à travers une grille d'explication propre, celle de la méthode économique qui, depuis les années 1960, s'inscrit dans le mouvement de l'*Analyse économique du droit*, le mouvement *Law and Economics*.

Celui-ci aboutit à considérer que le système de *common law* et plus spécifiquement le droit américain est un système juridique efficace, à la différence des systèmes de *civil law* (dont le modèle est le modèle français). Principalement posée par Posner⁵⁸, la formule selon laquelle le droit américain de *common law* est efficace se fonde sur l'observation de décisions judiciaires, à la suite de l'article fameux de Ronald Coase (⁵⁹), qui chercheraient à identifier des solutions économiquement efficaces, et non des solutions juridiquement assises, ou plus exactement de la méthode juridique, laquelle serait essentiellement formelle, déductive et autocentrée, une méthode digne du « néolithique » pour reprendre le mot clef d'une très vieille controverse (⁶⁰). La critique se fonde notamment

58 R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 1992.

59 R. H. Coase, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, oct. 1960, p. 44, E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, p. 183 s. Comp. D. Mainguy, « Le problème posé par le théorème de Coase. Le droit de l'environnement et l'intérêt général environnemental », in E. de Mari et D. Taurisson-Mouret (dir.), *L'impact de la norme environnementale en milieu contraint. Exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, Victoire Éditions, 2012, p. 108.

60 A. Tunc, « Sortir du néolithique », *Revue de l'enseignement supérieur*, 1956, no 4, D. 1957. Chron. 71 et in A. Tunc, *Jalons. Dits et écrits d'André Tunc*, SLC, 1991, p. 65. Il écrivait par exemple : « Quand les problèmes politiques et sociaux menacent le monde et la France, nous ne pouvons plus cantonner nos étudiants dans "le droit des

sur la méthode du *syllogisme juridique* et de la déduction permettant, à partir de faits identifiés et d'une règle de droit supposée claire et complète, d'en tirer une conséquence prévisible. Il en résulterait le fait que la méthode juridique permettrait en toutes circonstances de déterminer une solution « vraie ». Au-delà de la caricature, la méthode juridique serait ainsi systématiquement moins cohérente, moins réaliste, moins rationnelle, que la méthode économique ⁽⁶¹⁾. On retrouve là une querelle, de doctrine américaine, entre la méthode du *Law in books* qui serait la nôtre ou « pire », celle des Allemands ou des Suisses, et celle du *Law in action*, de la sociologie, du réalisme américain, dont procède par exemple le mouvement *Law and Economics*. Mais à bien des égards, c'est également celle qui opposa, au « moment 1900 », la méthode dite traditionnelle et ensuite considérée comme exégétique, et la méthode dite moderne, vite muselée cependant. Un exemple souvent cité par les économistes du droit est celui de la méthode du juge Hand dite « test de Hand » ⁽⁶²⁾ qui compare dommage et prévention avec celle des coûts respectifs des dommages en fonction des mesures de prévention et du coût total des mesures de prévention. Par exemple pour expliquer une, dans un litige dans lequel un bateau s'était détaché et avait causé des dommages, le juge avait pris en considération la probabilité que le bateau se détache (P), la gravité du préjudice (L) et le coût des précautions possibles (B) : il y a faute si les mesures préventives B effectivement prises sont inférieures au produit P x L, système très simple à mettre en œuvre mais détaché de considérations fondées sur un standard moral.

Le droit américain de *common law* est donc efficace, selon Posner, en tant qu'il mime le marché et ne cherche pas à le contraindre, par des références qui seraient, alors, inefficaces. On reconnaît là les éléments de base de la démonstration de la philosophie économique libérale, dite parfois ultralibérale. Notons également que les références efficaces de l'*analyse économique* du droit sont bien entendu distinctes des références inefficaces de l'analyse concurrente et qui est l'analyse continentale, alors résumée en une *analyse morale* du droit, la morale pouvant être ici tout ce qu'on veut, la morale sociale, la morale chrétienne, la morale républicaine, mais pas la référence à l'efficacité économique – la « morale économique » étant alors une oxymore –.

Ce libéralisme de référence de l'analyse économique correspond à une considération élémentaire, celle selon laquelle le bonheur est à identifier dans le bien-être économique, la satisfaction des besoins à partir de ressources rares, de sorte que l'*agent économique* est conduit à réaliser

juristes". Si un doute était possible d'ailleurs, il serait de notre devoir d'éducateurs de donner à nos étudiants une formation trop large plutôt que trop étroite. »

61V., B. Deffains et E. Langlais, *Analyse économique du droit*, De Boeck, 2009, p. 24 s. 62 *United States v. Carroll Towing Co.* 159F.2d 169, 173.

toute une série de choix, guidés par la *maximisation de ses richesses*. Il en résulte que le contrat social, de nature constitutionnelle, qui fonde cette relation entre les hommes sur la base des principes de liberté, ne saurait être affecté par des contraintes quelconques, et certainement pas par une simple loi qui viendrait, pour des raisons *morales* et non fondée sur une logique d'efficacité, modifier l'équilibre naturel que le contrat promet.

Le libéralisme de type continental, ou français, à l'inverse, établit une considération bien plus sceptique à l'endroit de la liberté, en sorte que les droits et libertés n'existent pas de manière « naturelle » ou spontanée, mais à partir du moment où ils sont posés par la loi. C'est la loi qui établit les droits et liberté, garantit leur exercice, et établit une sorte de « défenseur universel » de ces droits, par le biais d'un fonctionnaire d'autorité, préfet, recteur, procureur. Dès lors, ces droits et libertés sont par nature réglementés et lourdement réglementés. D'ailleurs le droit de l'Union européenne, dont nul ne songerait à discuter le caractère libéral, est un droit archi-réglémenté.

Si, alors, la différence repose sur deux conceptions philosophiques du libéralisme, qu'en tirer pour l'affirmation selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » ?

Dans l'esprit des spécialistes d'analyse économique du droit, cette formule est un constat, une description. Elle signifie simplement que les scientifiques ont constaté et souvent vérifié que le droit américain de *common law* est efficace, dans la tradition *réaliste* américaine presque séculaire. Elle s'oppose ce faisant à la dogmatique juridique, de type continental ou américain d'ailleurs, et notamment française, qui supposerait que les normes juridiques pourraient toujours être identifiées sur la base d'une déduction fondée sur les principes de la logique formelle. La formule selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » tracerait donc une frontière entre le droit américain de *common law* et le reste, le droit américain qui ne serait pas de *common law* et surtout la cible, le droit continental, français, de *civil law*, qui ne serait pas efficace, discours entendu par exemple dans les universités québécoises. Il faudrait cependant vérifier que les règles françaises sont fondées sur une telle méthode décrite comme « juridique » mais c'est ainsi que l'analyse économique du droit l'identifie pour la décrire, la caricaturer et au final l'écarter, et vérifier, empiriquement, s'il est vrai, ou non, que *tout* le droit américain de *common law* est efficace et que *tout* le droit français de droit civil n'est pas efficace. On peut surtout observer que cette méthode propose une confusion majeure, entre la description positiviste des normes, qui sont normes indépendamment de toute valeur, et qui est pourtant le postulat de départ de l'analyse économique, et la description jusnaturaliste des normes qu'elle promet

finalement, par recours à une valeur, celle de l'efficacité, quand bien même elle se serait substituée à celle de morale.

Si cependant la formule selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » repose sur une considération de type philosophique, et donc non scientifique, elle pourrait être considérée comme signifiant que le droit américain de *common law* doit être efficace, c'est-à-dire que, constatant qu'il est possible que le droit américain de *common law* soit efficace lorsqu'il correspond aux principes de l'analyse économique du droit, telle doit être la direction et la méthode suivie. La formule bascule alors du domaine de la simple description du droit positif, vers une logique de prescription.

On pourrait même considérer que la formule selon laquelle « le droit américain de *common law* est efficace » présente une plus grande vigueur dans la logique de prescription et qu'elle signifie « le droit américain de *common law* doit être efficace pour être juste », en sorte que le modèle de l'efficacité économique ainsi promu masque en réalité un standard de légitimité, de Justice, concurrent d'autres référents, d'autres valeurs, et notamment celles promues par le droit français de droit civil, à supposer que ce soit d'ailleurs exact, et que le meilleur moyen de parvenir à contourner l'inéluctable conflit de valeurs qui résulterait d'une présentation du droit américain de *common law* en termes de valeurs, est précisément de s'affranchir des valeurs et de l'analyse axiologique, plus exactement l'analyse morale, vers une logique d'efficacité, fondée sur des considérations de calcul mathématique, dont on se rend compte de la portée ésotérique en ouvrant n'importe quel ouvrage d'économie ou d'analyse économique du droit.

31 **iii)** un troisième fondement possible est le ***fondement sociologique***, en mesure de contredire ou concurrencer les autres.

En effet, une chose est une situation juridique *légale, morale* ou *utile* et une autre est une situation juridique *habituelle*, disons d'usage.

Or bien des situations juridiques ou contractuelles, par exemple dans le secteur des affaires et de la distribution, correspondent à des hypothèses dans lesquelles se répètent des pratiques simplement parce qu'elles sont considérées comme nécessaires ou obligatoires. Les exemples sont nombreux, des clauses de non concurrence aux promesses de contracter, etc., de situations juridiques qu'il est très difficile de renverser, notamment lorsque la seule contrainte est le risque d'un procès, souvent bien lointain au moment où le choix de telle situation se présente.

4. CONTOURS ET EVOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS D'AFFAIRES ET DE LA DISTRIBUTION

32 Description des contrats d'affaires. Il n'est pas aisé de déterminer ce qu'est un contrat d'affaires ⁽⁶³⁾, cette détermination procédant davantage par description, intuitive ou empirique, que par définition. Les raisons en ont déjà été dites ; elles sont corollaires des raisons de l'observation de l'absence d'un droit des contrats d'affaires.

A. BREVE HISTOIRE DE LA DISTRIBUTION

33 A bien des égards, la « distribution » n'a pas d'histoire ou bien elle existe depuis toujours, si on l'assimile au « commerce ».

Toutefois, les économistes envisagent trois types d'agents, ceux qui relèvent de la production, de la distribution et de la consommation, où la distribution est saisie comme une activité de service d'intermédiaire chargé d'aider à la commercialisation des produits et services de la production, vers la consommation.

C'est alors essentiellement à la fin de la seconde guerre mondiale que la distribution a pris son essor, parce que la « consommation de masse » est apparue, même si la spécialisation du commerce avait commencé dès le milieu du XIX^e avec les « grands magasins » dont le Bon Marché d'Alexandre Boucicaut (1852) qui réinvente le marché traditionnel : rassemblement des offres dans un point de vente aménagé, nombreuses références, services associés, affichage des prix, prix attractifs, etc.

La distribution s'émancipe cependant avec la « grande distribution » et les magasins en « libre service » ; de grande ou petite surface, peu importe, avec des références en nombre considérables, des prix peu élevés, un parking, des stocks, etc. L'idée ici est, pour des commerçants, de se rassembler pour acheter en masse et bénéficier des tarifs les plus bas possible des producteurs, selon diverses techniques juridiques.

L'essor et le succès sont considérables, emportant une menace de disparition du « petit commerce indépendant », lui-même succombant à la vague de la franchise, jusqu'aux années 2000, mais connaît un certain déclin, relatif, avec l'apparition du e-commerce notamment, mais aussi une certaine lassitude des consommateurs, une recherche d'authenticité, de circuits-courts⁶⁴, etc.⁶⁵, visant à « mieux consommer ».

La consommation alternative permet la création de nouveaux réseaux et la recherche, pour la grande distribution, de nouvelles méthodes de

63 Comp. V. Cadoret, réflexions sur les contrats d'affaires, Th. Droit Montpellier, 2011.

64 Comp. S. Grandvillemain, « Le système AMAP : zone de non droit ? » JCP E, 2015, 1279.

65 Com. Les crises de la grande distribution, Rev. française socio-éco 2016, n°16, p. 19.

distribution, supposant d'ailleurs de prendre en compte l'agriculteur, souvent ignoré, intégré ou méprisé jusque là.

L'« ubérisation » de l'économie a eu aussi une influence, sur la clientèle des taxis, des hôtels, y compris via des pratiques largement susceptibles de critique, par exemple lorsque l'argument était le prix, contre les services, dont la modération est devenue plus relative⁶⁶ et emportant des réactions juridiques, visant à contraindre les loueurs de meublés par exemple ou à requalifier des contrats comme ceux des livreurs d'une plateforme.

B. – COMPLEXITE ET DIVERSITE DES FORMES DE DISTRIBUTION

34 Les opérations de distribution, on parle souvent aussi des « formes de la distribution » sont souvent présentées comme complexes et diverses.

Pourtant toutes s'articulent autour d'une fonction économique finalement simple : sélectionner des produits ou des services, les « acheter » à des « producteurs », et les « revendre » (⁶⁷) à des « consommateurs », qu'ils soient des consommateurs au sens du droit de la consommation ou des professionnels utilisateurs terminaux, industriels ou eux-mêmes revendeurs. En ce sens, l'acte de distribution n'est jamais que la version moderne de l'acte de commerce type.

Cependant, si le modèle économique de la distribution est ainsi brossé, il peut emprunter des voies parfois très différentes : la distribution des services se rapproche parfois d'une logique d'achat revente, comme en matière de voyages, mais elle est très souvent une production d'un service par le distributeur selon les consignes du « fournisseur » comme le modèle de la franchise le propose.

Dans d'autres situations, les opérations de distributions associent de nombreux opérateurs distincts, comme dans les relations de la grande distribution. D'ailleurs, ces relations entretiennent une certaine ambiguïté dans les fonctions de chacun : le distributeur qui fait fabriquer des produits à « marque de distributeur » n'est-il pas un concurrent des producteurs ? Le distributeur qui propose tout une série de services, location de véhicule, carte de paiement, agence de voyages, financement, assurance, installation, etc. est-il encore un « vendeur » de produits ? Le mouvement d'intégration de fonctions est ainsi un élément de brouillage.

⁶⁶ « L'ubérisation : l'appréhension par le droit d'un phénomène numérique », D. IP :IT, 2017, p. 132, P. Van Cleynenbreigel, « Le droit de l'Union européenne face à l'économie collaborative », RTDeur. 2017, p. 697.

⁶⁷D. Ferrier, L'achat pour revendre : un contrat méconnu, in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges B. Gross, Presses universitaires de Nancy 2009, p. 179 ; D. Mainguy, La revente, Litec, 1996.

De même, le mouvement de « succursalisation », par opposition à l'indépendance des points de vente, transformant un ensemble de distributeurs, indépendants, commerçants, chefs, d'entreprise, etc., en une masse énorme de points de vente, dirigés par des salariés, dans une logique d'uniformité et de rentabilité propose une alternative à la distribution traditionnellement entendue.

35 L'intermédiation commerciale. La logique d'intermédiation commerciale est tout à la fois commune et spéciale à toutes les opérations de distribution⁶⁸.

Ainsi, et de manière commune, le distributeur est, par nature un intermédiaire du commerce : il se contente d'acheter un produit fini et de le revendre, assumant les fonctions du distributeur (stocker, sélectionner, etc.), très souvent sans rien y changer ou de manière finalement mineure : adjonction d'un service, comme une garantie, la présentation du produit, son installation, sa comparaison avec d'autres, etc., ou adjonction d'un autre produit, présentation d'une gamme de produits, etc. De manière spéciale, l'intermédiaire du commerce peut aussi être spécifié comme celui, précisément, qui n'achète ni ne revend, mais se présente comme un mandataire. D'où une confusion sur les modèles juridiques applicables aux formes de la distribution. On y trouvera ainsi des modèles fondés sur la figure du mandat et d'autre sur la figure de l'achat pour revendre. On trouvera des réseaux de distribution, organisés autour d'une marque, réalisés par des distributeurs, ou bien par des producteurs, etc.

Mais chaque fois, la question de la distinction ou du choix du modèle, mandat ou achat pour revendre, se posera, au moment d'établir la relation, et plus souvent au moment où les difficultés s'accumuleront et que le distributeur déçu ou évincé cherchera à obtenir une indemnisation maximale contre son ex-partenaire. Or, l'image de l'intermédiaire mandataire offre, à travers la figure du mandat d'intérêt commun ou de l'agence commerciale, une attraction considérable, alors même que les modèles juridiques sont opposés. Au mandat, l'ubiquité, à l'achat pour revendre l'indépendance.

Cela étant, cette généralisation ou cette spécification ne sont pas satisfaisantes, d'une part parce qu'au compte de la généralisation, tous les distributeurs sont des intermédiaires du commerce, ce qui déplace sémantiquement la description, sans la réaliser, et qu'à celui de la spécification, elle n'apparaît nullement dirimante. En outre, elle n'explique pas la nature de service qu'est la distribution : outre le fait, mécanique et économique d'acheter à un prix et de revendre à un autre

68 Cf. Ph. Grignon, L'indemnisation des intermédiaires du commerce, Litec, 2001, N. Dissaux, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelle, LGDJ, 2007.

prix, plus élevé, la distribution ajoute des services plus ou moins tangibles. Il peut s'agir de services rendus aux producteurs, par exemple sous la forme d'une exclusivité consentie, de la valorisation d'une marque, d'un produit ou d'une gamme de produits, ou de services rendus aux consommateurs, la fonction de sélection des produits, le risque pris à cette sélection, des garanties, des présentations, installations, etc. L'acte de distribution ajoute donc un ou plusieurs services aux ventes qui sont, en outre, réalisées.

En outre, si le modèle pédagogique de la distribution est celle de produits, comme la vente sert de modèle pédagogique à l'étude des contrats, les opérations de distribution s'élargissent à la distribution de services et, pourrait-on dire, dans une société de services, les dépassent, qu'il s'agisse de la distribution de services bancaires, d'assurances, de produits financiers, de conseils, d'hôtellerie, de restauration de location de choses diverses, de voyages, etc.

Là encore, d'ailleurs, l'uniformité de règne pas : le distributeur de services bancaires, par exemple ne réalise aucune prestation de service bancaire mais ne fait que « vendre » un ensemble de « produits » bancaires standardisés d'un « producteur » de ces services, alors qu'un distributeur de restauration ou de conseils réalise lui-même la prestation, mais dans des conditions également standardisées et prescrites par une tête du réseau de distribution.

L'opération de distribution peut ainsi être décrite comme une opération d'intermédiation visant à assurer la vente d'un produit ou la réalisation d'un service, réalisé par le distributeur ou plus usuellement par autrui.

Le distributeur est ainsi un intermédiaire, disons du commerce encore que cela puisse dépasser les frontières traditionnelles du droit commercial, par exemple dans le domaine juridique, agricole, comptable, demain pharmaceutique, etc., qui assure la commercialisation de produits ou de services auprès d'utilisateurs d'aval, des consommateurs ou des professionnels.

36 Diversité des formes de distribution. La plus ancienne et la plus évidente des opérations de distribution est constitué de l'achat pour revendre, identifié comme tel par l'article L. 110-1 du Code de commerce et qui est, en soit, un ensemble contractuel très complexe, derrière son apparente simplicité, constitué de deux ventes successives, mais nécessairement identiques ⁽⁶⁹⁾.

En outre il n'est pas certain, au-delà du constat que cette opération

69 D. Ferrier, « L'achat pour revendre : un contrat méconnu », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation*, Mélanges B. Gross, Presses universitaires de Nancy 2009, p. 179D. Mainguy, La revente, Litec, 1996.

n'est pas descriptive de l'ensemble des opérations de distribution, que même pour la distribution de produits, elle en soit représentative. Ainsi, l'image, visitée par Zola dans *Au bonheur des dames*, de l'intermédiaire de commerce, on ne dit pas encore distributeur, point de passage obligé entre le producteur et le distributeur, une *maison de commerce* ou un *grand magasin*, souvent multiple, du grossiste, au semi-grossiste et au détaillant, avant de parvenir au distributeur, dont quelques vestiges demeurent, comme l'épicier de quartier ou quelque quincaillerie vieillissante, est devenue plus une image ou un souvenir qu'une réalité économique sérieuse.

En effet, la fonction de distribution s'est professionnalisée et même financiarisée et point seulement dans le domaine de la grande distribution, au point que certaines évoquent une « industrie de la distribution »⁽⁷⁰⁾ pour évoquer cette professionnalisation. Celle-ci repose sur des éléments comme l'appropriation des points de vente, voire leur construction, la centralisation des achats ou du stockage, voire du transport, le développement de marques, de savoir-faire, de publicité, permettant l'identification de réseaux de distribution et de groupes de distribution parfois très puissants, et souvent très profitables.

Il n'est que d'imaginer les difficultés inhérentes au management de la distribution pour se rendre compte des difficultés économiques et techniques liées à la gestion de ce type d'activité. Bien des distributeurs réalisent des achats à l'étranger, ce qui suppose de gérer des activités aussi diverses que le transport, le stockage, le maintien des conditions (de froid de chaud, d'équilibre, de fragilité, etc.), mais également la maîtrise technique des produits ou encore, la financiarisation des activités économiques aidant, la gestion des « arbitrages », financiers, la question de la détermination du moment idoine pour acheter, sélectionner les offreurs, ou payer, la gestion des « prix de transferts », etc. particulièrement présente dans le secteur de la distribution des textiles par exemple.

B. DIVERSITE DES BIENS DE LA DISTRIBUTION

37 Le problème du fonds de commerce. Modèle classique et légal de l'activité commerciale, propriété immatérielle du commerçant, du distributeur, le fonds de commerce est au cœur d'un certain nombre de difficultés considérables et que l'on peut présenter en termes d'appropriation réelle ou d'autonomie en ces termes : le commerçant-distributeur dispose-t-il d'une clientèle propre qui lui est propre ? La question paraît saugrenue dans une conception classique du fonds de

70 Cf. supra et comp. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n°10.

commerce puisque ce dernier est en relation avec la clientèle, qui détermine l'élément essentiel du fonds de commerce, qui constitue le commerçant. Pourtant, présentée du point de vue de l'autonomie ou de l'indépendance du commerçant, associée à une conception objective du fonds de commerce comme identifiée aux techniques d'attraction de la clientèle, et non de la clientèle elle-même (qui est au contraire volatile et à qui saura la conquérir), et donc à la notion de marque notamment, la question peut être posée. Le franchisé, le distributeur « intégré » est-il bien titulaire d'une clientèle propre, celle-ci est-elle partagée, etc. ? Les réponses données sont alors d'une importance considérable s'agissant des relations du distributeur avec son bailleur, mais également de son statut, le distributeur, acheteur-revendeur, ne redevient-il pas un simple intermédiaire du fait de cette « perte » du fonds de commerce (cf. infra) ?

38 Marques, savoir faire, publicité. Par ailleurs, parmi les « biens » de la distribution, il convient de signaler l'importance considérable des signes distinctifs divers, dont le droit de marque, sous toutes ses formes, et des « techniques », comme le savoir-faire, à la base de la considération du contrat de franchise notamment.

Au-delà cependant, c'est l'occasion de souligner le lien, évident et majeur, existant entre le droit de la distribution et le droit de la propriété industrielle.

C. DIVERSITE DES CANAUX DE LA DISTRIBUTION : LES ACTEURS DE LA DISTRIBUTION

39 Au-delà des acteurs d'amont, les producteurs, ou d'aval, les consommateurs, sauf lorsqu'ils s'immiscent dans la distribution, par des ventes directes aux consommateurs ou parce que des consommateurs s'organisent en coopérative ou réalisent des opérations de distribution (home party), les acteurs de la distribution sont multiples, y compris « publics » dans des situations de monopoles publics, éventuellement concédés.

1. Les diffuseurs

40 Les diffuseurs sont des opérateurs dont la fonction est de présenter des produits ou de services en vue de leur vente ou leur prestation. Le diffuseur peut être un salarié d'un producteur, ou bien un intermédiaire, plus ou moins indépendant, VRP, agent commerciale, commissionnaire, etc., rémunérés sur la base d'une « commission », à la vente.

2. Les grossistes

41 Le grossiste est un opérateur dont la fonction est de commercialiser des produits (ou de services à) auprès de professionnels, des détaillants.

Autrefois figures majeures et incontournables de la distribution, ils ont commencé de décliner avec l'apparition de la grande distribution qui a effectué, mieux et moins cher, les fonctions classiques des grossistes, la sélection des produits et l'orientation de l'achat.

Le renouveau est venu de la standardisation de certains produits, ceux de la restauration et de l'hôtellerie notamment/

3. Les détaillants

42 Les détaillants sont les distributeurs qui commercialisent des produits et des services aux utilisateurs, directement.

La catégorie n'a rien d'homogène.

On trouve des *détaillants producteurs*, dans le secteur agricole ou artisanal, des *détaillants généralistes*, rarissimes aujourd'hui sinon dans le secteur de l'épicerie de nuit, mais surtout des *détaillants spécialisés*. Certains sont indépendants, de moins en moins sinon encore dans le secteur du service à la personne (coiffure, santé), d'autres sont des détaillants en réseau.

Certains de ces détaillants en réseau le sont sur la base d'un contrat organisant le « petit commerce », pour le transfigurer d'ailleurs : c'est tout le secteur de la distribution en réseau, dont la franchise tient la plus grande part.

D'autres le sont dans le secteur de la « grande distribution », qui présente la spécificité de proposer l'adhésion (ou la vente) d'un magasin à une « centrale » de référencement avec laquelle une organisation générale de la distribution est proposée (cf. infra), le tout sous divers « formats » : hypermarchés, supermarchés, supérettes, proximité, discompte, drive, etc. ; dans le secteur alimentaire ou non, etc.

4. Le commerce en ligne

43 **Révolution numérique ?** Le commerce, la distribution, « physiques » de produits et de services offre l'apparence d'une relation physique de distribution, de relation entre un consommateur qui se rend dans le magasin d'un distributeur, lequel visite ou est visité par un fournisseur ou son représentant est souvent une vue de l'esprit : la théorie des contrats entre absent n'a pas attendu l'apparition des techniques électronique pour prospérer, de même que les catalogues, notamment

ceux des entreprises de vente par correspondance ont depuis longtemps été un mode essentiel de distribution. De même, les producteurs ont toujours cherché, par divers moyens à dépasser l'écran que le distributeur opposait à une relation avec le consommateur, par le développement de marques à forte renommée, des relations directes, etc.

Dès lors, la « révolution numérique » se développe essentiellement à travers le fait que les transactions sont dématérialisées, autant que par l'avènement d'un commerce dématérialisé. Celui-ci n'est possible, en effet, que pour des services, à les supposer dématérialisables. Une « cyberdistribution » ⁽⁷¹⁾ se développe ainsi sans que la distribution soit toujours véritablement numérique. La distribution des produits par des canaux électroniques se limite ainsi à la dématérialisation de la transaction. Ce que l'on désigne généralement comme relevant du commerce électronique suppose ainsi que des sites de vente ou des plateformes électronique présentent des produits, sous forme de catalogues électroniques proposant une conclusion dématérialisée de vente par celles-ci et, ce faisant, une substitution, totale ou partielle des exploitants de ces plateformes, dont les plus connus sont Amazon, eBay ou Aliexpress par exemple, généralistes ou spécialisées, dans pratiquement tous les compartiments du commerce dit traditionnel, ou de sites propres à un producteur ou un distributeur ; en revanche, tout le reste de la transaction demeure physique. Dès lors, le commerce électronique se présente en premier comme une alternative à la distribution traditionnelle, fortement attractive pour les consommateurs, à la fois par la facilité proposée de conclusion de contrats, via un ordinateur ou de plus en plus, un smartphone ou quelque autre appareil connecté et donc comme une forme de *concurrence* nouvelle. C'est d'ailleurs essentiellement par les outils du droit de la concurrence que les « frottements » entre commerce électronique et traditionnel sont traités, notamment dans les logiques de la distribution sélective et les autorités de la concurrence ont eu, très tôt, l'occasion de reconnaître d'une part la liberté de choix d'une forme de distribution par un producteur ou un fournisseur, traditionnelle ou électronique, et l'impossibilité d'interdire, par principe, le recours, pour un distributeur, à des ventes électroniques, notamment depuis l'arrêt *Pierre Fabre* de la CJUE du 13 octobre 2011 ⁷², connaissant d'ailleurs bien des développements depuis (cf. infra, n°).

44 Les contrats du commerce électronique. En revanche, il apparaît

71 S. Alma-Delette, « Cyberdistribution », J.-Class. Contr. Distr. Fasc. 3880.

72 CJUE 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *Sté Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ Président de l'Autorité de la concurrence*, D. 2011. 2590, obs. E. Chevrier, 2012. 577, obs. D. Ferrier, 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny, RTD eur. 2012. 442, obs. J.-B. Blaise.

que la révolution numérique emporte des conséquences majeures d'une part dans la conclusion et la preuve des contrats et dans l'organisation de nouvelles formes de distribution. S'agissant de la conclusion des contrats en ligne, le législateur s'en préoccupe depuis longtemps, à la fois sur le processus de conclusion, depuis 2000 avec des solutions réaménagées dans le Code civil à la suite de la réforme du droit des contrats de 2016 (C. civ., art. 1127-1 s.) mais également dans les dispositions du droit de la consommation, s'agissant de la considération des « ventes à distance » d'une manière générale (C. consom., art. L. 221-1, s'agissant de sa définition et son régime ; art. L. 111-1et2, L. 221-5, 11 et 12 s'agissant des informations particulières à fournir au consommateur).

Les problèmes sont ici considérables et, à bien des égards, il n'est pas certain que les outils légaux soient bien utiles face aux logiques de ces nouvelles formes de commerce. Le mirage d'un consentement plus éclairé par les offres s'est très vite évaporé devant la nature réelle des contrats conclus par les sites de commerce électronique, souvent établis dans des territoires lointains, au droit parfois très différents des droits locaux des utilisateurs.

45 Les formes de commerce électronique : les plateformes.

S'agissant de nouvelles formes de commerce, au moins trois formes particulières émergent spécifiquement ⁽⁷³⁾. En premier, des plateformes électroniques, formule retenue par l'article L. 111-7 du Code de la consommation en suite de la loi du 18 octobre 2016 « Pour une République numérique », ou places de marché pour traduire la formule anglaise de « *market place* », mais aussi des sites de comparateurs de prix, surtout saisis par les règles du droit de la concurrence ⁽⁷⁴⁾. L'article L. 111-7 du Code de la consommation ⁽⁷⁵⁾ propose ainsi une définition

73 Comp. Avis ADLC, n°12-D-20, 18 sept. 2012, relatif au commerce électronique.

74 Déc. Comm. UE, 27 juin 2017, *Goggle Shopping*, condamnée à 2,4 milliards d'euros d'amendes pour abus de position dominante.

75 « I.-Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. II.-Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur : 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et

très peu complète comme un opérateur qui propose, à titre professionnel « un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service », et en imposant diverses obligations d'informations, assez générales : « 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels ». peu de choses donc.

Les plateformes ou places de marché représentent les principaux sites, généralistes ou spécialisés ; ils sont des distributeurs, électroniques, des « intermédiaires entre des vendeurs et des acheteurs en offrant à des vendeurs, professionnels ou particuliers, la possibilité d'y proposer tout ou partie de leur catalogue, comme le ferait une galerie commerciale dans le monde physique », comme le décrit l'avis du 12 septembre 2012 de l'ADLC sur le commerce électronique. Sur le plan du droit des contrats, le rôle juridique de ces plateformes est difficilement identifiables : mandat, courtage, vente revente, tout y est possible. La mise en relation entre deux opérateurs, qui semble dominer le modèle juridique de ces plateformes milite pour un renouveau du contrat de courtage, comme on l'avait déjà observé aux temps où l'on s'interrogeait

obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels. Un décret précise les conditions d'application du présent article en tenant compte de la nature de l'activité des opérateurs de plateforme en ligne. Ce décret précise, par ailleurs, pour tout opérateur de plateforme en ligne dont l'activité consiste en la fourniture d'informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels, les informations communiquées aux consommateurs portant sur les éléments de cette comparaison et ce qui relève de la publicité au sens de l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Ce décret fixe également les modalités selon lesquelles, lorsque des professionnels, vendeurs ou prestataires de services sont mis en relation avec des consommateurs, l'opérateur de plateforme en ligne met à leur disposition un espace leur permettant de communiquer aux consommateurs les informations prévues aux articles L. 221-5 et L. 221-6 ».

sur le rôle des centrales de référencement dans la grande distribution.

46 L'économie collaborative. L'économie collaborative est l'une des pépites issues de la révolution numérique ⁽⁷⁶⁾ : elle permet d'isoler des « communautés » à l'intérieur desquelles des échanges, gratuits ou non, peuvent s'élaborer. De *Uber* à *Wikipedia* en passant par des sites comme *Blablacar* ou *LeBonCoin*, les plateformes de financement participatif, ou plus confidentiels d'échanges de recettes cuisines (*Marmiton*) ou de places pour se loger pour un nuitée (*Couchsurfing*), les expériences sont diverses. Très vite cependant, le mirage de la gratuité s'est évanoui ⁽⁷⁷⁾ sous l'impulsion d'entreprises qui monétisent ces échanges, comme c'est le cas de la plupart des sites organisant des réseaux sociaux, à travers la monétisation de soi-même, de ses données personnelles, alimentant un *big data* aux contours mal dessinés mais apparemment très valorisé. Dès lors le contrat conclu avec un de ces sites est bien un contrat, et un contrat conclu à titre onéreux, entrant dans le champ du droit de la consommation ⁽⁷⁸⁾, appelant le dessin d'un contrat de fourniture numérique ⁽⁷⁹⁾. La dématérialisation des contrats s'infère par ailleurs de l'absence de frontières, de telle manière que les contrats sont conclus, souvent, via des sites « territorialisés » par des adresses électroniques nationales ou régionales, mais avec un opérateur souvent isuté à l'étranger, notamment aux Etats-Unis, avec un certain nombre de clauses trompeuses ou du moins abusives au regard du droit français, en matière de garantie, de traitement des données personnelles, ou d'attribution de juridiction, traités dans des conditions générales d'utilisation ou de vente qui ne sont pas lues ⁽⁸⁰⁾, ceci sans évoquer les

76 M. Clément-Fontaine, « La genèse de l'économie collaborative : le concept de communauté », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 140, P. Terrasse (dir.), *Rapport au Premier ministre sur l'économie collaborative*, février 2016.

77 C. Zolynski, « La gratuité en questions », in *La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, p.XI, G. DangNguyen, S. Dejean et T. Pénard, « Gratuité sur internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires », in *La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, *ibid.*, p. 91

78 Paris, 12 février 2016, pôle 02 ch. 02, arrêt n° 201658, *Facebook*.

79 V.-L. Bénabou, « Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique », *Dalloz IP/IT*, 2017 p. 7J. Rochfeld, « Le "contrat de fourniture de contenus numériques" : la reconnaissance de l'économie spécifique "contenus contre données" », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 15.

80 Comp. les CGU de Pinterest, résumant leur clause limitative de responsabilité « Nous élaborons le meilleur service possible pour vous, mais nous ne pouvons pas promettre qu'il sera parfait. Nous ne sommes pas responsables de certaines choses. Si vous pensez que nous le sommes, nous tenterons de gérer les choses de la façon la plus sensée possible », ou la clause attributive de juridiction aux tribunaux de Californie « La Baie de San Francisco est magnifique à cette époque de l'année. Peu importe la

problèmes posés par l'élaboration de la preuve d'un contrat électronique, chaque fois que l'adresse IP du consommateur ne peut être précisément attachée à un consommateur particulier, ce qui est presque systématique.

On le voit donc, pour conclure, le traitement juridique des opérations nées du commerce électronique appelle tout à la fois à l'utilisation d'outils connus et à l'élaboration de nouvelles formes de traitement de ces relations, sous l'angle d'une refiguration des conceptions du droit de la consommation, du travail, des contrats, etc.

saison d'ailleurs, c'est ce qui en fait un si bel endroit ! Et si vous voulez nous poursuivre en justice, c'est ici que cela se fera ».