UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Spécialité : **Droit privé**

Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée par

Clément LE BIDEAU

Thèse dirigée par **Geneviève PIGNARRE** et **Vincent FORRAY**
préparée au sein du **Centre de droit privé et public des obligations et de la consommation (CDPPOC)**
dans **l'École Doctorale Sciences et ingénierie des systèmes de l'environnement et des organisations (SISEO)**

Engagement et désengagement contractuel
Étude de droit de la consommation et de droit civil

Thèse soutenue publiquement le **17 avril 2015**,
devant le jury composé de :

Monsieur Philippe BRUN
Professeur à l'Université Savoie Mont Blanc.
Monsieur Vincent FORRAY
Professeur à l'Université McGill, directeur de thèse.
Monsieur Christophe JAMIN
Professeur à l'École de droit de Sciences Po, Président.
Monsieur Daniel MAINGUY
Professeur à l'Université de Montpellier, rapporteur.
Madame Geneviève PIGNARRE
Professeure à l'Université Savoie Mont Blanc, directrice de thèse.
Madame Judith ROCHFELD
Professeure à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, rapporteur.

Université Joseph Fourier / Université Pierre Mendès France / Université Stendhal / Université de Savoie / Grenoble INP

A mon père…

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

Partie 1 ..... **14**

La tension du droit des contrats entre l'engagement contractuel civiliste et le desengagement contractuel consumériste **14**

Titre 1 **La configuration du desengagement contractuel par le droit de la consommation** **18**

Chapitre Premier Etude analytique : le desengagement contractuel en droit de la consommation 22

Chapitre 2 Etude historique : Le droit de la consommation en tant que droit de la société de consommation 65

Titre 2 **L'organisation de l'engagement contractuel par le droit civil** **134**

Chapitre premier La parole donnée en-gage 140

Chapitre 2 La mise en gage du patrimoine 189

Partie 2 ..... **223**

La reception doctrinale de la tension entre L'engagement contractuel civiliste et le desengagement contractuel consumériste **223**

Titre 1 **L'unité de la réception doctrinale** **226**

Chapitre 1 L'occultation matérielle 228

Chapitre 2 Une occultation intellectuelle 239

Titre 2 **La critique de la réception doctrinale** **278**

Chapitre 1 Au Fond 279

Chapitre 2 En la méthode 318

TABLE DES ABREVIATIONS

Adde	Ajoutez
Al.	Alinéa
APD	Archives de Philosophie du droit
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
BDP.	Bibliothèque de droit privé
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. civ., com., conso., trav., ass.	Code civil, de commerce, de la consommation, du travail, des assurances
CA	Cour d'appel
Cass. civ., com., soc.,	Cour de cassation, chambre civile, commerciale, sociale
CE	Conseil d'État
Chron.	Chronique
Comp.	Comparez
Contr., conc., consom.	Revue contrats, concurrence, consommation
Contra	En sens contraire
D.	Recueil
DH.	Dalloz Hebdomadaire
Dig.	Digeste
DP.	Dalloz périodique
Ed.	Edition.
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem,* au même endroit
In	Dans
Infra	En dessous
Inst.	Institutes
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	La semaine juridique édition générale
JCPE ou N	Juris-classeur édition entreprise, édition notariale
JRC	Jurisprudence revue critique
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observations
Op. cit.	*Opere citato,* dans l'ouvrage cité
P.	Page
Précit.	Précité
PUAM	Presse Universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse Universitaire de France
RCA	Responsabilité civile et assurances
RDC	Revue des Contrats

Réed.	Réédition
Réimp.	Réimpression
Rep. Civ.	Répertoire civil de l'encyclopédie Dalloz
Rev. Crit. Leg. Jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique,
RTD civ., com.	Revue trimestrielle de droit civil, droit commercial
S.	Sirey
Spéc.	Spécialement
Supra	Au-dessus
T.	Tome
Trad.	Traduction
V.	Voir
V°	*Verbo,* au mot
Vol.	Volume

INTRODUCTION

1. - L'engagement au cœur du lien social. L'être humain est un animal capable de promettre, de s'engager[1]. Cette aptitude apparaît *in fine* comme une condition de la vie en société[2]. Faire une promesse, c'est s'engager, s'obliger, se lier pour l'avenir ; c'est vouloir encore ce que l'on a voulu un jour : « *chose promise, chose due !* ». Ainsi, parce que l'engagement est au cœur du lien social, les juristes lui ont accordé une place considérable au sein de la sphère juridique ; le droit des contrats est le premier concerné. Voyez ce qu'écrivait J. Domat, il y a déjà plus de trois cent ans : « *En toutes conventions l'engagement de l'un étant le fondement de celui de l'autre, le premier effet de la convention, est que chacun des contractants peut obliger l'autre à exécuter son engagement* »[3]. La notion de convention semble ainsi contenir en elle l'idée d'engagement ; *a fortiori,* la notion de contrat apparaît comme indéfectiblement liée à cette idée. Ce lien très fort entre contrat et engagement ressort aussi clairement de la lecture du *Traité des obligations* de R.-J. Pothier : « *Un contrat est une espèce de convention. (...) L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque*

---

[1] V. en ce sens A. Boyer, *Chose promise, étude sur la promesse, à partir de Hobbes et quelques autres,* PUF, Léviathan, 2014, p. 1 : « *L'être humain est un animal qui s'engage* ». Comp. avec la réflexion de F. Nietzsche, *Généalogie de la morale,* Textes et variantes établis par G. Colli et M. Montinari, Trad. I. Hildenbrand et J. Gratien, 2ème dissertation, p. 59 : « *Élever et éduquer un animal qui puisse promettre, n'est-ce pas là cette tâche paradoxale que la nature s'est donnée à propos de l'homme ?* ». Cette idée que l'homme tient son humanité justement de sa capacité à s'engager est au fondement de notre civilisation. Elle est par ailleurs liée à la morale judéo-chrétienne. Plus particulièrement, on trouve dans le concept de *bérît,* d'Alliance chrétienne, les fondations de la conception classique du contrat (le contrat/promesse). En ce sens, A. Supiot, *homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Ed. du Seuil, 2005, p. 153 : « *Le respect de la parole donnée a donc d'abord été posé comme une règle morale, fondée sur les Écritures et la jurisprudence des Pères de l'Église* ». Rappr. J. Barmann, *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel, RIDC,* vol. 13, n° 1, 1961 ; V. aussi D. Foyer, in L. Lemoine, E. Gaziaux et D. Müller (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne,* CERF, 2013, V°.

[2] L'idée est déterminante dans l'École du droit naturel. Ainsi, chez Grotius, les hommes ont le « désir » de vivre paisiblement en société. Il faut qu'ils se donnent un droit conforme à cette inclination naturelle. Or, nous dit Grotius, « *il est de Droit Naturel que chacun tienne religieusement sa parole ; car il était nécessaire qu'il y eut parmi les hommes quelque manière de s'engager les uns aux autres, et on ne saurait en concevoir d'autre plus conforme à la nature. C'est ce qui a produit ensuite les différentes sortes de Droit civil […] Car la Mère du Droit Naturel est la Nature Humaine elle-même, qui nous porterait à rechercher le commerce de nos semblables, quand même nous n'aurions besoin de rien. Et la mère du droit civil est l'obligation qu'on s'est imposé par son propre consentement ; obligation qui, tirant sa force du Droit naturel, donne lieu de regarder la Nature comme la bisaïeule, pour ainsi dire, du droit civil* », Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Barbeyrac, Amsterdam, 1724, Prolégomènes VI.

[3] J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* Liv. I, Titr. 1, sect. III, II.

engagement est celle qu'on appelle contrat »[4]. Ces deux jurisconsultes de génie vont ainsi véhiculer un discours sur le droit des contrats où l'idée d'engagement occupe une place cruciale. Et c'est précisément ce discours, cette présentation particulière de la notion de contrat qui va passer à la postérité. Pas étonnant dès lors qu'on puisse lire dans le rapport fait par Cambacérès à la convention nationale, sur le deuxième projet de Code civil que : « *Tout contrat est essentiellement un échange, il suppose donc un remplacement par équipollent, un concours et un engagement respectif de deux ou plusieurs personnes ; la pensée d'une obligation est donc inséparable de l'idée de contrat* »[5]. Ce principe de force obligatoire des conventions sera consacré à l'article 1134 du Code Napoléon, pilier du droit des contrats, article au terme duquel « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » ; il faut faire ce que l'on a promis de faire[6]. Le droit des contrats apparaît ainsi comme un droit qui protège l'engagement, telle est la conception qui va dominer dans les ouvrages juridiques au travers des siècles[7] ; cette vision centrée sur la force obligatoire, sur

---

[4] R.-J. Pothier, *Traité des obligations,* Préf. J.-L. Halpérin, Rééd. Dalloz, 2011, p. 5. Comp. K.-F. von Savigny, *Le droit des obligations*, Paris, A. Durand, 1863, pp. 16-18.

[5] V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* T. 1, p. 108.

[6] Le droit s'appuie alors sur la morale. Nous y reviendrons (V. *infra,* n° 193. - et s., en particulier n° 223. -). V. pour l'instant R. von Jhering, *La lutte pour le droit,* Paris, 1890 ; Marescq, trad. O. de Meulenaere, préf. A la 9ème éd., 1889, XV : « *J'ai eu moins en vue de faire progresser la connaissance scientifique du droit que d'éveiller dans les esprits la disposition morale qui soit faire la force suprême du droit : la manifestation courageuse et ferme du sentiment juridique* » ; A. Jourdan, *Le droit français. Ses règles fondamentales, ses rapports avec les principes de la morale et l'économie politique,* Paris, Plon, 1875 ; R. Savatier, *Les effets et la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence,* Paris, 1916 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles,* 4ème éd., 1949, réimpr. L.G.D.J., 1996 ; L. de Naurois, *Obligation juridique et obligation morale, Rev. Dr. Canon.,* 1982, p. 107 ; J.-T. Declos, *Le problème des rapports du droit et de la morale, Arch. Ph. Dr.,* 1933, p. 84 et s. ; S. Darmaisin, *Le contrat moral ; contribution à l'étude de la règle morale dans les obligations civiles,* th., Paris II, 1999 ; J. Carbonnier, *Droit civil,* vol. II, 1ère éd. « Quadrige », PUF, 2004, n° 932 et 937 ; également *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur,* 10ème éd., LGDJ, 2007, p. 94 : « *Morale et droit, nous sommes habitués à les voir marcher en couple. Couple conflictuel ou harmonieux, ce sera à voir. Mais ils vont ensemble. Qui se ressemble s'assemble* ».

[7] Nous y reviendrons en détail dans le chapitre 1 du titre deux de la première partie (V. *infra,* n° 243. - et s.). Toutefois, quelques citations permettront à ce stade de prendre conscience de l'attachement des juristes à l'idée selon laquelle il faut tenir ses engagements, être fidèle à sa parole, au fait que le contrat oblige, engage. V. par exemple C. Aubry et C. Rau soutenaient dans « *Toute obligation civile confère, par elle-même, au créancier, le droit de contraindre le débiteur à l'exécution de cette obligation* », *cf. Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae,* 5ème éd. 1902, T. IV, §307. Le terme inonde par ailleurs le chapitre spécialement consacré aux « Contrats », §340 et s. ; rappr. C. Demolombe *Cours de code Napoléon,* T. XXIV, n° 384 : « *l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé personnellement envers le créancier, et qui confère à celui-ci le droit d'invoquer le secours de la puissance publique pour en obtenir l'exécution* » ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* 7ème éd., T. 2, n° 859 : « *L'obligation met le débiteur dans la nécessité juridique d'accomplir la prestation qu'il a promise, de faire ce qu'il a promis de faire, de payer* M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 2ème éd., T. 2, n° 163 : « *L'effet de l'obligation est tout autre chose. Pour le comprendre, il faut connaître les différents droits qui appartiennent au créancier en vertu de son titre : leur ensemble constitue l'état de nécessité ou de contrainte où se trouve le débiteur et que l'on appelle proprement « obligation »* » ; R. Demogue, *Traité des obligations en général, effet des obligations,* T. VI, n° 1 : « *Le principe selon nous est que le débiteur est tenu de l'obligation. Les dommages-intérêts ne sont que subsidiaires* » G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol,* T. 2, n° 450 : la « *force obligatoire a*

l'engagement contractuel, occupe encore de nos jours une place prépondérante au sein du discours sur le droit français[8] des contrats. Pour preuve, on peut lire dans les ouvrages récents que « *rien n'oblige les parties à contracter. Mais dès lors qu'elles l'ont fait, elles sont tenues de respecter leurs engagements* »[9], que « *une fois formé par l'accord de volontés, le contrat ne peut plus être modifié que par un nouvel accord. Les volontés de chacune des parties ne peuvent écarter unilatéralement l'exécution ou en changer les termes* »[10], que « *le contrat est un acte par lequel on s'oblige. La formule est réflexive : il s'agit de s'engager soi-même* »[11], que « *cette irrévocabilité apparaît comme un corollaire de la force obligatoire : celle-ci ne serait pas assurée si chacun de ceux qui ont conclu le contrat pouvait s'en délier. Elle est, en vérité, de l'essence du contrat : à défaut, il n'y aurait pas d'obligation et la notion de contrat serait vide de sens* »[12]. A ce stade, retenons que le droit des contrats accorde à l'engagement une place centrale ; et qu'il n'est pas étonnant qu'il prévoit des dispositifs techniques susceptibles d'assurer leur respect, l'art. 1134 en est la preuve. Et il n'est pas plus surprenant que le discours qui prend le droit des contrats pour objet donne à l'idée d'engagement une place particulière.

2. - Engagement ET désengagement, qu'est-ce à dire ? Liminairement, une interrogation doit être levée : pourquoi mobiliser l'idée de désengagement ? Parce que, depuis un certain nombre d'années, il n'est plus possible d'ignorer le phénomène [13] du désengagement. En effet, de nombreux dispositifs sont apparus, prenant des appellations

---

un double fondement : une idée morale, le respect de la parole donnée ; un intérêt économique, la nécessité du crédit ».

[8] Les français ne sont pas les seuls concernés. Ainsi, le juriste américain Charles Fried mean une défense passionnée de la promesse à une époque où certains courants de la théorie juridique avaient, aux Etats-Unis, entrepris une critique massive du droit des contrats fondée sur le concept de libre promesse, V. *Contract as Promise - A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981.

[9] *Cf.* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2005, n° 25.

[10] V. J. Ghestin, *La formation du contrat,* 3ème éd. LGDJ, 1993, n° 168.

[11] V. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral,* 2ème éd. Mise à jour, Thémis, PUF, 2007, p. 162.

[12] *Cf.* ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil Les obligations, 1/ L'acte juridique,* 14ème éd., Armand-Collin, 2004, n° 379

[13] Sur le droit en tant que phénomène, V. A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit,* nrf, éd. Gallimard, 1981. L'auteur est sensiblement attaché à la description des phénomènes juridique, ce qu'il signale dans ses *Remarques préliminaires*. Soulignons cependant que le même auteur accorde dans le même temps beaucoup d'importance à la question de l'*essence* des phénomènes, aux *idées,* même si ce n'est pas au sens où Platon l'entendait (sur ce point, V. p. 11). Il s'agit d'un projet Hégélien : « *j'y suppose connus et admis les principes fondamentaux de la philosophie Hégélienne, et j'essaierai de les appliquer au problème du Droit* », *cf.* p. 12.

diverses et variées mais semblant pouvoir être englobés dans l'idée de désengagement. Si à l'origine, dans le système du Code, il existe déjà des techniques qui se rapprochent de l'idée de désengagement[14], elles demeurent des situations exceptionnelles, en marge du système pourrait-on dire, si bien qu'elles ne paraissent guère en mesure de faire de l'ombre à l'idée d'un droit des contrats protecteur de l'engagement. Or une telle affirmation n'est plus aussi vraie qu'elle l'était en 1804. La montée en puissance de tels dispositifs dans toutes les branches du droit n'a pas échappé aux juristes qui ont dû, bon gré mal gré, s'intéresser à ce phénomène nouveau : le phénomène du désengagement contractuel[15]. Droit de renonciation, de repentir, de retour, de rétractation, de réflexion, de revenir sur son engagement sont autant de formules qui ont été utilisées par le législateur pour désigner des techniques qui ont incontestablement quelque chose à voir avec l'idée de désengagement[16]. Ainsi le droit du travail a organisé la possibilité pour l'employeur comme le salarié, en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail, de revenir sur leur engagement[17]. Dans le même esprit, l'assuré bénéficie d'une faculté de dénoncer une transaction[18]. Un droit de repentir a également été offert au bailleur d'un local à usage commercial, afin qu'il n'ait pas a payer l'indemnité d'éviction alors qu'il avait décidé de ne pas renouveler le bail[19]. Mais c'est sans doute dans le droit de la consommation que le phénomène du désengagement contractuel a été

[14] Par exemple la faculté de révocation des donations entre époux, ou encore la faculté pour le mandant de révoquer le mandataire, ou encore le mécanisme du dédit.

[15] V. E. A. Farnsworth, *Changing your mind, the law of regretted decisions,* Yale University press, 1998. V. sur cet ouvrage, M. Fabre-Magnan, *RIDC,* Vol. 51, n° 3, juillet-septembre 1999, p. 694 et s.

[16] Les définitions des termes précités font clairement émerger ce rapport. Prenez par exemple l'article L. 121-25 du code de la consommation qui dispose que « *dans les sept jours (…) à compter de l'engagement (…), le client à la faculté d'y renoncer* ». On entend donc par droit de renonciation le droit de renoncer à son engagement, autrement dit le droit de se désengager. S'agissant du « droit de repentir » qui peut être défini comme la « *faculté exorbitante reconnue, par faveur, à une personne, dans certains cas déterminés (…) de revenir sur le consentement qu'elle avait donné…* », V. pour cette définition G. Cornu, Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique,* PUF, 7ème éd. « Quadrige », 2006, V°. Partant du fait que consentir, c'est s'engager, il y a bel et bien un lien entre le concept de repentir contractuel et l'idée de désengagement. Le désengagement semble également en rapport avec le droit de retour consumériste, V. sur ce point, J Calais-Auloy J. et Temple H., *Droit de la consommation,* 8ème éd. Dalloz, 2010, n° 105. Il en va de même de la rétractation qui se définit comme la « *manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir* », *cf.* G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°. Comp. la définition du délai de réflexion, proche elle aussi de l'idée de désengagement. D'ailleurs, on trouve à la fin de la définition un renvoi aux termes rétractation, dédit. Encore une fois le lien avec le désengagement est indiscutable.

[17] *Cf.* art. L. 1237 et s. du C. trav. Le délai de rétractation prévu est de 15 jours. Rappr. aussi la faculté de dénonciation offerte au salarié s'agissant du reçu pour solde de tout compte. *Cf.* art. L. 122-7 du C. trav. Nous pourrions également, dans le champ du droit social, rapprocher la technique du contrat à l'essai qui peut être liée au désengagement.

[18] *Cf.* art. L. 211-16 du Code. ass.

[19] V. art. L. 145-30 du C. com.

le plus visible. En effet, à partir des années 1970, des mécanismes juridiques apparaissent et prévoient à la faveur des consommateurs une faculté de revenir sur leur engagement, un droit de changer d'avis[20]. D'abord le consommateur démarché[21], ensuite le consommateur qui achète à distance[22], également l'acheteur non professionnel d'un immeuble à usage d'habitation[23], etc.[24]. Ces techniques de désengagement contractuel vont connaître un grand succès. Et, à tout le moins en droit de la consommation, le désengagement contractuel devient une technique extrêmement courante, très répandue, presque caractéristique de la matière. L'affirmation coïncide avec l'idée qu'exprimait S. Mirabail, dans sa thèse sur *La rétractation en droit privé français*[25] : « *aujourd'hui, le panorama juridique a changé ; ces situations dérogatoires se sont multipliées, à tel point que, dans le domaine du droit de la consommation, l'octroi au consommateur d'un droit de repentir légal est presque devenu le principe* »[26]. La place croissante du désengagement contractuel dans la sphère juridique a progressivement conduit la doctrine à se pencher sur ce phénomène, à s'intéresser aux règles qui prévoient en matière de droit des contrats une faculté de repentir[27]. Compte tenu de cela,

[20] Ces mécanismes seront étudiés en détail dans le premier chapitre du premier titre de la première partie. Nous nous contentons ici d'un renvoi. V. *infra,* n° 17. - et s.

[21] Le législateur est venu réglementer le démarchage en 1972. Ce sont aujourd'hui les art. L. 121-21 et s. du C. conso. qui régissent cette technique de vente.

[22] Aujourd'hui à l'art. L. 121-16 et s.

[23] V. art. L. 271-1 du C. constr. hab.

[24] Les textes prévoient des facultés de rétractation pour le consommateur lorsqu'il contracte un crédit, lorsqu'il achète un logement, ainsi que lorsqu'il est partie à des contrats de consommation spécifiquement réglementés, comme le contrat d'enseignement, ou encore le contrat de courtage matrimonial.

[25] V. S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français,* BDP, T. 284.

[26] *Cf. ibid.,* p. 127. Dans le même sens, V. S. Piedelièvre, *Droit de la consommation,* Economica, 2008, n° 2 : « *Le droit de la consommation s'est construit en grande partie autour de deux idées forces qui sont devenues en quelque sorte les piliers de la matière à savoir l'information et la rétractation que l'on a retrouvées dans de très nombreuses dispositions législatives* » ; également E. Terryn (sous la dir.), *Le droit de rétractation, Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge,* Contrats & Patrimoine, éd. Larcier, 2008, quatrième de couverture : « *Le droit de rétractation (...) est un instrument (...) de plus en plus utilisé, tant par le législateur européen que par les législateurs nationaux. Si l'on peut constater que ce droit existe dans toutes les juridictions européennes depuis des décennies…* ».

[27] V. entre autre R. Baillod, *Le droit de repentir, RTD civ*., 1984, p. 227 ; E. Bazin, *Le droit de repentir en droit de la consommation, D.* 2008, p. 3028 ; Ph. Brun, *Le droit de revenir sur son engagement, Droit et Patrim.* 1998, p. 78 ; J. Calais-Auloy, *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur, D.* 1973, p. 266 ; G. Cornu, *La protection du consommateur et l'exécution du contrat, in* Association H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 145 ; B. Fages, *Effets du droit de rétractation, RTD. civ.,* 2008, p. 293 ; D. Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D.* 1980, chron. p. 180 ; A. Françon, *Rapport sur la protection du consommateur dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit français, in La protection des consommateurs,* Trav. Ass. H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 117 ; Ph. Malinvaud, *La protection du consommateur, D.* 1981, chron. 49 ; G. Paisant, *La rétractation du consommateur en droit français, in* E. Terryn, *Le droit de rétractation, Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge,* Contrats & Patrimoine, éd. Larcier, 2008, p. 63 ; J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection*

une étude qui confronte le désengagement contractuel à l'engagement présente un intérêt certain. En d'autres termes, il nous paraît particulièrement intéressant de traiter de l' « engagement », en le confrontant avec son symétrique, le « désengagement ». Cela pourrait, croyons-nous, changer la façon dont l'un et l'autre peuvent être appréhendés. Et nous avons choisi de concentrer nos efforts sur les dispositifs issus du droit de la consommation, qui à nos yeux sont l'expression la plus forte de l'idée de désengagement contractuel.

3. - Le choix du droit de la consommation. D'abord, un argument quantitatif peut être avancé : « *Nous sommes tous des consommateurs !* »[28]. Ce qui signifie que le droit de la consommation peut être présenté comme une branche du droit qui intéresse tous les citoyens[29]. Il semble même que la notion de citoyenneté soit aujourd'hui indissociable de la figure du consommateur[30]. Ainsi, par son domaine d'application, une étude incluant le droit de la consommation a indiscutablement un intérêt d'actualité. Le droit européen, de surcroît, en tant qu'il s'est construit autour des dispositifs qui font aujourd'hui le cœur du droit de la consommation, constitue un argument supplémentaire[31]. Ajoutons aussi les projets de réforme[32], qui expriment la force perturbatrice[33] et contaminatrice des mécanismes issus du

---

du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, *RTD. Civ.* 1976, p. 66.

[28] Nous aurons l'occasion de revenir sur cette célèbre sentence du président américain Kennedy lors d'un discours prononcé en 1962. V. *infra,* n° 167. -

[29] V. en ce sens G. Raymond, *Droit de la consommation,* 2ème éd. Litec, 2011, Avant-propos : « *Ce droit est au cœur même de la vie quotidienne des citoyens ; le succès des émissions de télévisions ou de radio sur ces thèmes et celui de la presse spécialisée montrent combien les Français s'intéressent à ce droit qui les rejoint dans les nombreux actes qu'ils posent pour se procurer des biens ou des services* ». V. *contra.* Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations,* 4ème éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2009, n° 423 : « *Le rôle de la consommation dans la vie économique ne devrait pas être exagéré : plus de trois quarts des rapports juridiques lui sont étrangers et ont pour objet les relations entre professionnels* ». Il nous semble pourtant que cette opposition est critiquable. V. sur ce point M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations,* NBT, Dalloz, 2004, préf. J. Ghestin, n° 18 : « *Il est parfois délicat de déterminer si une disposition relève de la réglementation de concurrence ou du droit de la consommation (...). L'imbrication des deux disciplines tient à ce que le consommateur, bénéficiaire du droit de la consommation, est également, du fait de sa position, acteur et bénéficiaire final de la concurrence* » ; V. également U. Bernitz, *Harmonisation et coordination de la législation du marché. La notion de droit du marché, RTDcom.,* 1971, p. 1 et s.

[30] Si bien qu'on a pu parler de « *citoyen-consommateur* ». Sur cette proposition, V. *infra,* n° 159. - et s.

[31] Cette question sera précisée par la suite, V. *infra,* n° 414. - et s.

[32] Le projet sera bientôt le droit positif. Aussi peut on lire sur le site du ministère de la Justice que « *L'article 8 de la loi n°2015-177 de modernisation et de simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 28 janvier 2015 et publiée le 17 février 2015, habilite le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* ».

[33] V. sur ce point Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, précit.* : « *Sans parler des avantages (la prospérité) et des inconvénients (le matérialisme, l'individualisme et l'indifférence à l'intérêt*

droit de la consommation à l'encontre du droit civil. Enfin et comme nous l'avons déjà suggéré, le désengagement occupe dans le droit de la consommation une place cruciale et stimulante. Il est une technique qui paraît caractériser cette nouvelle branche du droit[34], branche qui tend à occuper une place prépondérante au sein de l'ordre juridique[35] et dont l'autonomie ne fait plus guère débat[36]. De sorte que le droit de la consommation se présente comme un champ d'étude particulièrement fertile lorsque l'on s'intéresse à la question du désengagement contractuel ; il semble être le symbole de l'idée même de désengagement contractuel. Autant d'éléments propices à faire élection du droit de la consommation, véritable matrice conceptuelle, pour guider notre réflexion sur l'engagement et le désengagement.

4. - L'émergence d'une tension au sein du droit des contrats. A ce stade, il paraît possible de formuler deux propositions : d'un côté, le droit des contrats accorde une large place à l'idée d'engagement et à celle de respect de la parole donnée. D'un autre côté, le droit moderne, contemporain des contrats n'ignore plus le phénomène de désengagement contractuel qui s'est sensiblement développé, en particulier à partir des années 1970 dans le droit de la consommation. Nous sommes ainsi en mesure de poser une question très simple : n'y a-t-il pas là une opposition[37] ? Le droit des contrats contient en effet des règles qui protègent l'engagement (l'article 1134 du C. Civ. symbolise cette logique) et des règles qui permettent à une partie de se désengager (les dispositifs issus du droit de la consommation

---

collectif et à l'humanisme) de la société de consommation, cette législation a plusieurs défauts techniques et politiques. Techniques, car ***elle perturbe de nombreuses règles traditionnelles des contrats*** **».**

[34] V. *supra,* note 19.

[35] *Cf.* J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation,* Dalloz, 8ème éd., 2010, quatrième de couverture : « *le droit de la consommation a connu au cours des dernières années, un développement considérable. De la première édition de ce Précis en 1980, à la création du Code de la consommation, en 1993, la matière a acquis une place prépondérante dans le paysage juridique français et européen suivant en cela le développement de l'économie de marché et les bouleversements des modes d'échange entre particuliers et professionnels* ».

[36] En particulier depuis la promulgation du C. conso en 1993. V. sur ce point J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 921 : « *Il n'empêche que, par la promulgation immédiate de son Code, bien ou mal ficelé, le droit de la consommation a réalisé politiquement un coup de maître Il s'est constitué en corps autonome de droit* », V. aussi la note 48, le même auteur parle de « *système autopoïétique* » ; Ph. Stoffel-Munck, *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, RTD com.,* 2013, p. 705 ; L. Bihl, *Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal.* 1974.II.Doct.754. ; G. Raymond, *Bienvenue au Code de la consommation : Contrats conc. consom.* Août-septembre 1993. Chron. p. 1.

[37] Au sens de « *contraste, différence extrême, contradiction* », V. le petit Larousse illustré pour cette définition. Comp. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.,* V°, sens C : »*Deux termes sont dits opposés quand ils sont ou corrélatifs, ou contraires, ou contradictoires ; deux propositions quand, ayant même sujet et même prédicat, elles diffèrent soit en qualité, soit en quantité, soit) la fois en qualité et en quantité* ».

sont l'expression la plus flagrante de possibilité de désengagement). A partir de ce constat nous est venu à l'esprit l'image d'un corps élastique, flexible, subissant la traction des dispositifs qui le composent, en somme : d'un corps sous tension. Le droit des contrats paraît attiré vers deux pôles antagonistes.

5. - L'absence de tension dans le discours doctrinal relatif au droit des contrats. Le problème tient ici au fait que la tension dont nous parlons ne se retrouve pas dans le discours doctrinal relatif au droit des contrats. La tension qui s'établit entre l'engagement contractuel et le désengagement contractuel n'apparaît pas dans les présentations qui sont faites du droit des contrats, ce qui semble étonnant eu égard à la montée en puissance du phénomène de désengagement dont nous avons parlé[38]. Finalement, la tension au sein du droit des contrats entre l'engagement et le désengagement n'est ni démentie, ni exploitée. Il nous faut toutefois préciser que la distinction entre le général et le spécial ne permet pas d'expliquer de manière satisfaisante l'absence de la tension dans les présentations doctrinales du droit des contrats.

6. - L'impossible recours à la distinction entre le général et le spécial. Une objection doit immédiatement être levée. En effet, lorsque nous avançons l'idée d'une tension entre l'engagement civiliste et le désengagement consumériste, on pourrait nous opposer d'entrée de jeu que le droit civil est le droit commun[39], que le droit de la consommation est le droit spécial, et que le fait qu'une tension s'établisse entre les deux n'est en rien problématique[40]. Au contraire, une telle tension serait normale, et ne ferait qu'illustrer le fait que distinguer, c'est précisément différencier[41]. Par surcroît, l'adage *specialia generalibus*

[38] V. *supra,* n° 2. -

[39] Nous utilisons pour l'instant les expressions « droit commun » et « théorie générale » sans les distinguer. Mais nous reviendrons dans cette thèse sur la proposition faite par E. Savaux, *cf. La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* BDP, T. 264, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert.

[40] V. ce qu'exprimait déjà M. Planiol en abordant l'étude de la théorie générale du contrat, *cf. Traité élémentaire de droit civil, op. cit.,* n° 946 : « *Il ne s'agit ici que d'étudier, d'une façon abstraite et générale, indépendamment de la variété des divers contrats et de leur objet particulier. Les règles propres aux contrats spéciaux viendront plus loin. Pour le moment, nous avons à faire avec la théorie générale du contrat* ». Dans une telle perspective, il n'est pas étonnant qu'une tension s'établisse entre le droit général et le droit spécial des contrats. V. aussi G. Cornu, Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique,* PUF, 7ème éd. « Quadrige », 2006, V° « Général » ; F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2005, n° 35 et 36 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil Les obligations, 1/ L'acte juridique,* 14ème éd., Armand-Collin, 2004, n° 74.

[41] Selon la définition du petit Larousse illustré : « *percevoir la différence entre des choses personnes, des choses, différencier* ». D'ailleurs, la nécessité de bien distinguer le général du spécial apparaît toujours très tôt dans les

derogant semble contenir l'idée d'exclusivité entre le droit général et le droit spécial ; le jeu du second exclut l'application du premier. Nous pensons pourtant que la distinction entre le général et le spécial ne retire pas l'intérêt d'une étude confrontant l'engagement civiliste et le désengagement consumériste. D'ailleurs, la confrontation du droit commun et des droits spéciaux intéresse les juristes depuis longtemps[42]. Ces rapports ont été étudiés dans toutes les branches du droit parallèlement à leur évolution[43], pas étonnant que depuis une trentaine d'années le droit de la consommation soit utilisé comme instrument critique[44]. Le doyen Carbonnier exprimait bien cette nécessité dans son ouvrage de droit des obligations[45]. L'auteur explique que « ***le droit civil n'est pas seul à régir la matière des obligations****. D'autres branches du droit ont mordu sur son domaine et ont constitué sur ses frontières d'autres droits des obligations* »[46]. D'où la possibilité de formuler une première idée : si l'on

---

ouvrages de contrats spéciaux (V. par exemple J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux,* LGDJ, 1996, sous la dir. de J. Ghestin, n° 1 : « *de ce fait, au corps des règles générales applicable à tous les contrats, (...), viennent s'ajouter dans notre droit des régimes spécifiques, adaptés aux principales opérations concrètes que les contrats servent à organiser. (...) Il en résulte qu'on distingue d'une part (...) la théorie générale des obligations et d'autre part le droit spécial des contrats* »), et donc le besoin ne se pencher sur d'éventuelles tensions n'est plus.

[42] V. R. Gassin, *Les lois spéciales et droit commun, D.* 1961, Chron. p. 91 et s.

[43] V. s'agissant des rapports entre le droit commercial et le droit civil, Ch. Lyon-Caen, *De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804, Livre du centenaire du Code civil,* 1904, T. 1, p. 207 et s. ; E. Thaller, *De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial, in Livre du centenaire du code civil, précit.,* p. 225 et s. ; G. Ripert, *La commercialisation du droit civil français, in Mélanges Maurovic,* 1934, p. 1 et s. ; J. Hamel, *Droit civil et droit commercial en 1950, in Le droit privé français au milieu du 20ème siècle, Études offertes à G. Ripert,* T. 2, LGDJ, 1950, p. 261 et s. ; D. Tallon, *Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial, in Études offertes à A. Jauffret,* Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 649 et s. ; D. Lefebvre, *La spécificité du droit commercial. Réflexion sur la place tenue, en droit privé, par le droit commercial par rapport au droit civil, RTDcom,* 1976, p. 285 et s. ; J.-P. Marty, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, RTDcom,* 1981, p. 681 et s. Mais l'essor des études comparatives concerne les autres matières. V. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations,* NBT, Dalloz, 2004 ; C. Saint-Didier, *Droit du travail et droit des obligations - Étude d'une opposition,* th. Aix-Marseille III, 1996 ; M. Jeantin, *Droit des obligations et droit des sociétés, in Mélanges dédiés à L. Boyer,* 1996, p. 317 et s. ; S. Sabatier, *Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives,* th. Toulouse I., 2000, sous la dir. de C. Saint Alary-Houin.

[44] V. G. Rouhette, *Droit de la consommation et la théorie générale, in* Mélange R. Rodière, 1982, p. 247 et s. ; N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat,* th. Université Strasbourg III, 1998, sous la dir. de G. Wiederkehr ; N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique,* BDP, T. 326, LGDJ, 2000, préf. J. Ghestin ; J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDciv.,* 1994, p. 239 J. Beauchard, *Remarques sur le code de la consommation,* in *Écrits à Gérard Cornu,* PUF, 1994 ; L. Bihl, *Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal.* 1974.II.Doct.754. ; A. Françon, *Rapport sur la protection du consommateur dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit français, in La protection des consommateurs,* Trav. Ass. H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 117 ; J.-M. Granier, *Le code la consommation, Revue Conc. consom.,* 1994, n° 77, p. 53 ; Ph. Stoffel-Munck, *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, RTD com.,* 2013, p. 705.

[45] Nous songeons ici aux développements qui introduisent la partie sur les obligations. *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil,* vol. II, 1ère éd. « Quadrige », PUF, 2004, n° 916 et s.

[46] V. J. Carbonnier, *précit.,* n° 917. Et précisons que l'auteur cite en exemple le droit commercial **et le droit de la consommation !** Le choix du doyen Carbonnier paraît donner encore un peu plus de crédit au notre ; V. *supra,* n° 0

peut parler de « la matière des obligations » sans autres précisions, alors il est possible de parler de « droit des contrats » sans autres précisions, au sens d'un ensemble de règles qui s'applique aux contrats. Et si dans cet ensemble, des règles organisent un droit de l'engagement là où d'autres orchestrent un droit du désengagement, alors l'idée de tension retrouve sa pertinence. Et peut-être même plus encore ! Le doyen Carbonnier soutient en effet quelques lignes plus loin que le droit de la consommation constitue « *un nouveau droit des obligations* » et que « *c'est surtout le droit de la consommation qui bouscule le droit civil, le pénètre, le modifie* »[47]. La confrontation entre l'engagement civiliste et le désengagement consumériste se révèle, là encore, très intéressante[48]. Le droit de la consommation et les mécanismes qui lui donnent corps sont à même de déstabiliser notre théorie générale du contrat ; le droit de la consommation contient une force subversive dont on ne perçoit pas encore toute l'intensité[49]. En somme, et sans vouloir trop anticiper[50], nous insistons d'ores et déjà sur le fait que la distinction entre le général et le spécial n'épuise pas l'intérêt d'une étude consacrée à la confrontation de l'engagement civiliste et du désengagement consumériste. Au contraire, nous croyons profondément que « *La théorie générale du contrat devrait puiser davantage dans la matière des contrats spéciaux, plus concrète, plus réaliste* »[51]. De ce point de vue, le projet de confronter l'engagement et son symétrique le désengagement est une entreprise qui revêt un intérêt indéniable.

7. - **La méthode.** Le problème tient donc au fait qu'une tension anime le droit des contrats, que cette tension ne se voit pas dans le discours doctrinal et que la distinction droit commun/droit spécial ne permet pas de résoudre ce problème. Le discours doctrinal est pourtant censé rendre compte du droit positif, il est censé le décrire. C'est ce qu'expliquait M.

---

[47] *Cf. ibid.*

[48] Ce n'est pas pour rien que le doyen Carbonnier s'interroge sur « *l'avenir du droit des obligations* » (V. n° 918). Ce dernier paraît en effet menacé par le développement considérable des droits spéciaux. Nous en revenons ainsi à la force perturbatrice du droit de la consommation et à l'idée que le droit civil ne résistera pas indéfiniment aux assauts incessants des droits spéciaux. Comp. M. Chagny à propos du droit de la concurrence, *cf. Droit de la concurrence et droit commun des obligations, op. cit.*, n° 4 : « *Participant au phénomène de prolifération des droits spéciaux, il peut effectivement susciter la crainte d'une « parcellisation » du droit, d'une part, d'un amenuisement de l'empire du droit commun ou encore d'une perversion de celui-ci, d'autre part. Ce n'est donc rien de moins que la survie du droit commun et la cohérence du droit privé qui sont en cause* ».

[49] J. Carbonnier formulait cette idée comme suit : « *L'événement de 1993, c'est qu'au flanc de notre système civil d'obligations a été accroché un système autopoïétique (les normes engendrent des normes) dont on ignore encore comment il pourra être maîtrisé* », *cf. ibid.,* n° 921.

[50] V. *infra,* en particulier le n° 382. - et s.

[51] V. J. Carbonnier, *précit,* n° 934.

Troper en distinguant le droit en tant qu'objet et la science du droit[52] : « *la science du droit doit décrire son objet, qui est le droit* »[53]. Il y a donc bel et bien un problème. Les normes du droit des contrats procèdent tantôt d'une logique de l'engagement, tantôt d'une logique du désengagement contractuel. Or on ne voit pas dans la description que font les auteurs du droit des contrats cette tension manifeste ; il y a un décalage entre l'objet que l'on observe (les normes applicables aux contrats) et ce que dit la doctrine[54] de ce même objet. Voilà la difficulté à laquelle nous tenterons d'apporter quelques éclaircissements. Dans cette perspective, il était judicieux de bien distinguer[55] le droit, en tant qu'objet, du discours sur le droit (ou de la science du droit) censé décrire cet objet. Ainsi, nous nous sommes intéressé dans notre thèse à un phénomène, le désengagement contractuel et à la réception[56] de ce même phénomène par la doctrine. Il se passe quelque chose au moment où la doctrine reçoit le phénomène du désengagement ; et ce quelque chose a pour conséquence l'occultation de la tension observée dans le droit des contrats ; la tension ne se voit plus dans les présentations dudit droit. Dans la première partie donc, nous nous pencherons sur un objet : le droit des contrats en tant qu'ensemble de normes applicables aux contrats. A cette occasion, nous approfondirons l'opposition, la tension qui anime le droit des contrats, en essayant de la replacer dans une perspective historique. A partir de la révélation de cette tension, nous travaillerons, ce sera l'objet de la seconde partie, la question de la réception par la doctrine de

---

[52] *A priori* c'est bien la doctrine qui pratique la science du droit, qui participe à sa construction.

[53] *Cf.* M. Troper, *La philosophie du droit,* PUF, *Que sais-je,* 3ème éd. 2011, p. 43 ; Comp. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.* : « *La science du Droit ; connaissance approfondie et méthodique du Droit, englobant non seulement celle de ses règles, mais la maîtrise de l'ensemble des ressources de la pensée juridique (...) Sciences juridiques. L'ensemble des disciplines juridiques correspondant aux diverses branches du droit* » ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit,* trad. 2ème éd., Ch. Eisenmann, Paris, 1962 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *Possibilité et limites d'une science du droit, RIEJ,* 1978-1, p. 1 et s.

[54] Il nous a donc évidemment fallu approfondir le concept de doctrine. Sur lequel V. MM. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La Doctrine,* « Méthode du droit », Dalloz, 2004. V. également (nous y reviendrons plus en détail) des mêmes auteurs, *L'entité doctrinale française, D.* 1997, p. 167 ; L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré répliquent avec un papier intitulé *Antithèse de l' « entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine), D.* 1997, p. 229 ; A. Sériaux, *La notion de doctrine juridique,* Droits, « Doctrine et recherche en droit », 1995, p. 73 et s. ; G. Goubeaux, *Il était une fois… la Doctrine, A propos du livre de Ph. Jestaz et C. Jamin, RTDciv.,* Avril/Juin 2004, p. 239 et s. ; Ph. Brun, *Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états, in, Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations : Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil,* (sous la dir. de G. Pignarre), Dalloz, 2005 ; P. Morvan, *La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin), D.* 2005.

[55] *Cf.* M. Troper, *précit.,* p. 56 : « *la science du droit doit être distincte de son objet et (...) elle doit se limiter à le décrire* ».

[56] Le terme « réception » s'entend ici de la « *manière de recevoir* », et pas simplement « *l'action de recevoir* ». La différence paraît importante puisque la simple action indique l'idée de neutralité, comme par exemple « recevoir une lettre ». Alors que la « manière » indique que celui qui reçoit joue un rôle dans la réception, il reçoit bien, il reçoit mal, en tous les cas, il ne reçoit pas tel quel ; c'est ce bien ce qui se passe s'agissant de la tension : elle n'est pas reçue telle quel. V. pour les définitions précitées le petit Larousse illustré.

ce phénomène contractuel. Nous pourrons alors nous rendre compte que notre objet d'étude n'est pas reçu tel quel par la doctrine. En conséquence nous proposerons une réflexion sur le processus d'élaboration du discours doctrinal pour comprendre les raisons qui font que la tension au sein du droit des contrats ne se retrouve pas dans le discours de la doctrine, pourtant censé décrire le droit positif.

8. - Les enjeux. L'existence et la multiplication des dispositifs de désengagement mettent en lumière une tension entre le principe de force obligatoire du contrat et l'impératif qui prescrit le droit de changer d'avis. Par ailleurs, le discours doctrinal qui prend pour objet le droit des contrats semble masquer la tension évoquée. Voilà où nous en sommes. A partir de là, il est possible de dégager les enjeux de la thèse :

1/ Il faut d'abord conceptualiser l'impératif juridique qui conduit le droit des contrats à légaliser la rupture des promesses juridiques. Cet enjeu est considérable puisqu'il marque une rupture avec le système classique du Code[57], qui organise la force contraignante du contrat.

2/ Justement, il faut également mettre en perspective le concept de désengagement contractuel avec son symétrique l'engagement contractuel ; pour mettre en lumière cette tension au sein du droit des contrats.

3/ Ensuite, il faut travailler la question de la réception par la doctrine de ce phénomène nouveau qu'est le désengagement contractuel. En d'autres termes, il faut présenter le discours doctrinal sur le désengagement contractuel et montrer en quoi ce discours occulte la tension que révèle le phénomène du désengagement contractuel. Là encore, l'enjeu est de taille. En effet, si cette hypothèse n'est pas vérifiée, les propositions qui la suivent ne tiennent plus.

4/ Par ailleurs, il convient de s'intéresser aux raisons qui font qu'on ne voit pas la tension dans le discours qui prend pour objet le droit des contrats. La doctrine occulte, masque le phénomène du désengagement contractuel, et nous devons comprendre pourquoi. Une telle entreprise apparaît très utile du point de vue de l'épistémologique juridique. Comprendre les processus de fabrication de la science du droit, du discours sur le droit, permet de proposer en

[57] V. par exemple J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé,* 1ère éd. « Thémis droit », PUF, 2011, n° 7.1 : « *la généralisation des rapports sociaux inégalitaires, qu'ils se manifestent par des contrats de travail ou des contrats de « consommation » notamment, a amené à reconnaître l'influence de l'inégalité de fait (...) et à considérer que la rencontre des volontés peut ne pas s'effectuer selon les prémisses initiales de liberté et d'égalité* » ; V. aussi *supra,* note 38, sur l'idée d'un « *système autopoïétique* ».

parallèle une approche différente des problèmes juridiques, et *a fortiori* rend possible la formulation d'un discours différent sur le droit des contrats.

5/ Enfin, un enjeu pratique peut être avancé : au terme de ce travail, il sera peut-être possible de proposer aux praticiens du droit une palette d'arguments plus large ! En effet, si la doctrine s'emploie à réduire les effets de la tension dont nous avons parlé, nous pourrions à l'inverse, en tirer parti. Ainsi, cette tension au sein du droit des contrats permettrait d'élaborer de nouveaux paradigmes d'argumentation.

9. - Structure de l'étude. La réflexion sera en conséquence menée à partir de la distinction entre le droit et le discours qui le prend pour objet. Une telle approche permettra d'une part de mettre clairement en lumière la tension qui s'établit positivement entre l'engagement et le désengagement contractuel. D'autre part, elle permet de replacer le travail des juristes dans une dimension plus politique. Ce que nous voulons dire par là, c'est que si le droit est un objet, il n'en demeure pas moins un objet observé par des sujets, et lesdits sujets influent nécessairement sur l'objet d'étude (de par leur éducation, leurs convictions, leurs valeurs, leurs études, etc.). La thèse propose ainsi une réflexion portant sur les rapports entre l'engagement et le désengagement contractuel. Mais le problème sera dans un premier temps abordé dans sa dimension objective (le droit des contrats prévoit des règles octroyant une faculté de se désengager, lesquelles mettent en lumière une tension dans ce même droit des contrats), ensuite dans une dimension qui tient compte du sujet qui observe, ainsi que des habitudes et des réflexes[58] d'observation qui sont les siens (la tension qui émerge ne se voit pas dans le discours qui présente ce même objet) :

Partie 1 : La tension du droit des contrats entre l'engagement contractuel civiliste et le désengagement contractuel consumériste.

[58] V. sur cette question des réflexes et des habitudes propres aux juristes, Ch. Jamin, *Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux, in Repenser le contrat,* G. Lewkowicz et M. Xifaras (sous la dir.), p. 176 : « *Quand ils raisonnent sur le droit des contrats, les juristes charrient avec eux une culture plus ou moins consciente, un sens commun, des réflexes, des préjugés, un savoir-faire etc. qui affectent le regard qu'ils portent sur lui* » ; rappr. V. Forray, *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, in Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats,* Quezel-Ambrunaz C. (sous la dir.), UDS, CDPPOC, 2012, p. 240 : « *les livres de droit des contrats ou des obligations conventionnelles présentent des structures qui sont assez proches. Cela résulte d'habitudes de travail acquises, dans le courant du 20ème siècle, à la dogmatique juridique. La méthode d'exposition du droit des contrats est alors plutôt analytique* » ; J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur,* 10ème éd., LGDJ, 2007, p. 332 : « *Les théoriciens du droit enseignent que la cohérence entre toutes les parties du discours juridique est un impératif de méthode. Il peut advenir, néanmoins, qu'une institution, malgré l'unité qu'elle étale à la surface des textes, enferme en elle des contradictions* ».

Partie 2 : La réception doctrinale de la tension entre l'engagement contractuel civiliste et le désengagement contractuel consumériste.

PARTIE 1

LA TENSION DU DROIT DES CONTRATS ENTRE L'ENGAGEMENT CONTRACTUEL CIVILISTE ET LE DESENGAGEMENT CONTRACTUEL CONSUMÉRISTE

10. - **Une tension…** Dans le domaine de la physique, on parle de tension pour désigner une « *force qui agît de manière à écarter, à séparer les parties constitutives d'un corps* »[84]. Plus spécialement, la « tension » se définit en mécanique comme la « *force interne, ou contrainte qui agît dans un corps en équilibre* »[85]. Or c'est ce terme qui nous a paru le plus juste pour traduire ce sentiment qui n'a cessé de croître au fur et à mesure de l'avancée de nos recherches. Le droit des contrats est traversé par des courants contradictoires, par des vents soufflant en sens contraires ; le droit des contrats contient une force qui l'attire vers des pôles opposés.

11. - **… au sein du droit des contrats.** Comme chacun le sait, le terme « droit » connaît de nombreuses définitions[86]. Aussi convient-il de préciser quelque peu notre pensée. Nous utilisons ici le terme dans son acception « objective », soit un « *ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société* »[87], l' « *ensemble des règles qui régissent la conduite de l'homme en société et les rapports interhumains* »[88]. Dès lors, on entend par « droit des contrats » un ensemble de règles qui s'appliquent, d'une manière générale, aux contrats.

12. - **Champ d'étude.** Institution, concept, technique, instrument des échanges économiques, le contrat déborde tous les domaines du droit ; il se déploie dans toutes ses branches. On pourrait parler de nébuleuse du contrat[89]. Ainsi, le droit des contrats couvre un

---

[84] V°, Le petit Robert de la langue française, 2006, (texte remanié et amplifié sous la dir. de Rey-Debove J. et Rey A.), p. 2589.

[85] *Cf. Ibid.*

[86] V. entre autre les propos du Doyen Carbonnier, *Droit civil,* vol. I, 1ère éd. « Quadrige », PUF, 2004, n° 3 : « *Le mot, très général, est susceptible d'acceptions diverses. On entend par là tantôt des phénomènes sociaux (...) tantôt une science, un peu à part ; tantôt, enfin, par-delà les phénomènes et au-dessus de la science, un absolu, thème de philosophie (...). Ces divers sens sont légitimes ; ils aident à en révéler un contenu trop riche* ». ; V., dans le même sens, A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* PUF, 1ère éd. « Quadrige » 2002, V° ; également M. Blay , *Dictionnaire des concepts philosophiques,* Larousse, éditions du CNRS, 2006, V° : « *La polysémie du mot droit, qui peut désigner à la foi une loi et une faculté (...) a été très tôt et très souvent soulignée* ».

[87] V°, Cornu G., Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique,* PUF, 7ème éd. « Quadrige », 2006.

[88] Blay M., *Dictionnaire des concepts philosophiques,* Larousse, éditions du CNRS, 2006, V° (définition n° 3).

[89] V. par exemple et parmi bien d'autres : J.-L. Aubert, *Le contrat,* 3ème éd., Dalloz, 2005, p. 6 : « *Un simple regard porté sur la vie quotidienne suffit pour prendre conscience de la diversité des contrats : consommation*

périmètre très large, pratiquement impossible à embrasser dans sa totalité. Il importe de ce fait de délimiter notre étude, de lui fixer un cadre[90]. Parce qu'il constitue le « *creuset de la matière contractuelle* »[91], le droit civil des contrats doit être privilégié[92]. Dans notre système juridique, le droit du Code continue à figurer une sorte *d'ordre naturel* du contrat ; il s'y est aussi déposé un ordre savant du contrat. Néanmoins, et cet état de choses est bien connu, le droit civil contemporain est un corps de règles parmi d'autres. On le désigne le plus souvent à l'aune du rapport droit commun / droit spécial. Ce qu'on appelle droit des contrats ne peut plus être envisagé autrement qu'à la conjonction de ces différents corps de règles qui assignent au contrat des régimes parfois fort différents. Ainsi, le phénomène contractuel est pluraliste et, pour cette raison, le droit des contrats est traversé de tensions.

13. - Hypothèse et plan. L'une des tensions les plus caractéristiques de notre temps s'est nouée entre le droit civil et le droit de la consommation. Le premier établit le régime juridique du contrat selon une conception qui voit dans celui-ci un acte par lequel on s'engage selon le droit. Le second a, par réaction, nuancé une telle conception en établissant, dans son domaine, des règles qui permettent de modérer l'engagement contractuel ; il organise une sorte de droit du désengagement contractuel[93]. En d'autres termes, il existe une tension au

---

de produits procurés par des contrats de vente ; logement assuré par un contrat de location, autrement appelé « bail » ; circulation en automobile, éventuellement permise par un contrat de transport et, dans tous les cas, couverte par un contrat d'assurance ; recours aux services d'un plombier sur le fondement d'un contrat d'entreprise… » ; dans le même esprit, Mme J. Rochfeld écrit que « *le contrat fait partie de la vie quotidienne de tout individu ou groupement : les échanges économiques qui ponctuent l'existence de chacun – de la vente au bail, des contrats de fourniture de tous ordres aux contrats de prestations intellectuelles, etc. – prennent la forme de contrats* », V. *Les grandes notions du droit privé,* 1ère éd. « Thémis droit », PUF, 2011, notion n° 7 (le contrat), n° 1, p. 425. La même logique innerve les propos de Messieurs G. Lewkowicz et M. Xifaras lorsqu'ils écrivent qu' : « *on peut tout faire avec un contrat : promettre, échanger, établir des rapports de pouvoir, créer des êtres juridiques, et mêmes des personnes. L'outil n'est pas seulement polyvalent, il est aussi omniprésent* », *cf. Repenser le contrat, « Méthode du droit », Dalloz, 2009,* p. 1. En somme, on utilise des contrats pour tout et partout.

[90] Car à vouloir tout défendre, on finit par ne défendre rien.

[91] L'expression est empruntée à Monsieur J.-L. Aubert, V. *Ibid.*

[92] Rappelons à cet égard que le droit civil demeure de nos jours le cœur du droit en général, donnant à toutes les branches du droit des concepts susceptibles d'être mobilisés dans des situations diverses et variées. Le Doyen Carbonnier a parfaitement rapporté cette idée, ce dès les premières lignes de son traité de Droit civil : « *Il est d'usage qu'une introduction à l'étude particulière du droit civil puisse valoir, de surcroît, comme introduction à l'étude générale du droit. C'est que le droit civil a dans sa vocation traditionnelle d'offrir des modèles aux autres disciplines juridiques. Non pas nécessairement qu'il ait le domaine d'application le plus considérable : s'il l'avait il y a un siècle, il ne l'a sans doute plus aujourd'hui, ayant beaucoup perdu au profit d'autres secteurs du droit (tels que droit administratif, droit du travail, etc.) Mais ce qui reste vrai, c'est qu'il présente le plus haut degré d'achèvement et, si l'on veut, de perfection* », V. J. Carbonnier, *Droit civil,* vol. I, 1ère éd. « Quadrige », PUF, 2004, n° 1.

[93] G. Ripert l'avait-il pressenti lorsqu'il signait une chronique au Dalloz intitulée « *Le droit de ne pas payer ses dettes* », en 1936 ?

sein du droit des contrats, du fait de deux paradigmes contractuels qui forment deux pôles normatifs en opposition. Cette première partie a pour objectif d'indiquer cette tension et d'en préciser les raisons. Le dédoublement du paradigme contractuel se détermine depuis les fondements consuméristes ou civilistes des droits en question. Pour le comprendre, il faut insister sur ces fondements. Si le droit de la consommation offre au consommateur de multiples possibilités d'atténuer, de limiter ou de paralyser la force contraignante du contrat logiquement attachée à l'engagement contractuel, c'est qu'un tel impératif procède d'une certaine conception du sujet de droit dans la société contemporaine. Le droit de la consommation a vocation à instituer un droit de la *société* de consommation et, au sein d'une telle société, à favoriser la possibilité du désengagement contractuel (Titre 1). A l'inverse, le droit civil des contrats, droit de la société civile, société des citoyens (*civitas*), continue d'accorder le premier rang à l'idée qu'il faut respecter la parole que l'on a donnée, c'est-à-dire que le contrat *engage* les parties qui ne peuvent revenir sur ce à quoi elles ont consenti. Une telle conception contrevient aux idées consuméristes au nom d'un certain ordre contractuel qui, rappelons-le est aussi un ordre (du contrat) social. Il faut donc, en dépit des tendances contraires qui agitent la matière contractuelle, que le droit civil demeure un droit de l'engagement contractuel (Titre 2).

TITRE 1

LA CONFIGURATION DU DESENGAGEMENT CONTRACTUEL PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION

14. - Éléments de définition. Dans une acception stricte, la consommation désigne le fait de « *faire usage de quelque chose pour sa subsistance : consommer des aliments* »[94]. Mais le terme revêt souvent un sens plus large : la consommation désigne alors un comportement qui caractérise les « sociétés de consommation »[95]. La consommation est appréhendée en ce sens comme un phénomène à plusieurs facettes ; un phénomène économique, social et juridique. D'ailleurs, les juristes[96] connaissent une définition spécifique du terme « consommation ». On trouve ainsi dans le *Vocabulaire juridique* que la consommation désigne : « *l'utilisation des richesses, par opposition à leur production ; ensemble des opérations économiques et juridiques tendant à l'utilisation des biens de consommation* » [97] . Première remarque : l'opposition entre « consommation » et « production » pourrait paraître artificielle, tant elle occulte l'interaction permanente entre les deux[98]. Il est plutôt question d'un phénomène dans son ensemble. Le professeur M-E Chessel

[94] On trouve cette définition dans les dictionnaires de langue française, en l'occurrence le Larousse.

[95] C'est, semble t-il, J-M Domenach, directeur de la revue *Esprit,* qui utilise l'expression pour la première fois dans les années soixante. *Cf.* M-E Chessel, *Histoire de la consommation,* La découverte, 2012, p. 3 ; l'auteur souligne que l'expression revêt à cette époque une « *dimension critique* ». On retrouve cette connotation critique dans certains dictionnaires. Le Larousse par exemple, propose pour l'expression « société de consommation » la définition suivante : « *nom parfois donné aux sociétés des pays industriels avancés, dans lesquelles, les besoins élémentaires étant considérés comme assurés pour la majorité de la population, les moyens de production et de commercialisation sont également aptes à répondre à des besoins multiformes, sans cesse renouvelés, et, souvent, exagérés* ».

[96] Il existe à côté beaucoup d'autres définitions. Par exemple, la comptabilité nationale française (dans une vision plus économique) connaît une acception plus précise et distingue entre « consommation finale » et « consommation intermédiaire ».

[97] V. pour cette définition : G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique,* PUF, 7ème éd. « Quadrige », 2006, V°.

[98] Prenant le même parti, Daniel Roche écrivait : « *cette histoire intellectuelle et culturelle voudrait faire comprendre les phénomènes de la vie qui, individuellement ou collectivement, relèvent de l'appropriation. C'est pourquoi nous n'opposons pas production et consommation, dimension économique et distribution sociale, car*

écrivait après avoir relevé ces problèmes terminologiques que : « *Quel que soit le terme choisi - « consommation », « société de consommation » ou « culture de consommation » -, l'histoire qu'évoque ce livre est celle de la production, de la diffusion, de l'achat et de l'usage d'un nombre croissant de biens par une proportion croissant d'hommes et de femmes prenant progressivement l'identité de « consommateurs »* »[99]. C'est bien de cela dont il sera question au cours des développements qui suivent. Le droit de la consommation, c'est le droit qui s'est construit parallèlement à l'apparition progressive de l'identité de consommateurs. C'est aussi un droit qui a accompagné l'émergence d'une société nouvelle : la société de consommation ; en ce sens, on ne peut pas délier l'étude du droit de la consommation de l'étude de la « société de consommation » et de tout ce qui s'y rattache[100].

15. - De la consommation au droit de la consommation. Le terme « consommation » connaît, comme nous venons de le voir, plusieurs acceptions. Différents aspects sont mis en valeur en fonction du domaine envisagé. Qu'en est-il en matière de droit ? Quelle définition proposent les juristes pour rendre compte de ce phénomène qu'est le droit de la consommation ? Dans le même *Vocabulaire juridique*, le « droit de la consommation » se définit comme le : « *nom donné à l'ensemble des règles spéciales destinées à assurer la protection du consommateur soit avant qu'il ne s'engage (lutte contre les ventes abusives, le démarchage, institution d'un délai de réflexion ou de repentir), soit dans les conditions de son engagement (ex. prohibition des clauses abusives), soit dans l'exécution du contrat (répression des fraudes, responsabilité pour vice de fabrication) et plus généralement à l'ensemble des mesures et institutions destinées à sauvegarder sa santé, sa sécurité et ses intérêts économiques. V. protection du consommateur* »[101]. Il y a dans cette définition un élément qui domine : c'est l'idée de protection des consommateurs. Intuitivement, il semble qu'il y est un lien entre cette définition du droit de la consommation et une certaine conception de la « société consommation ». Il faudrait en effet protéger le consommateur

---

la « production est immédiatement consommation, la consommation est immédiatement production… » ; V. D. Roche, *Histoire des choses banales, Naissance de la consommation, 17ème-19ème siècle*, Fayard, 1997, p. 10.

[99] V. M-E Chessel, *ibid.*

[100] Par exemple la question de la publicité, du développement du marketing… De tels phénomènes ont forcément influé sur le droit de la consommation et de ce fait, il n'est pas possible de les ignorer. V. *infra,* n° 82 et s.

[101] G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique,* PUF, 7ème éd. « Quadrige », 2006, V°.

contre les abus et les dérives de la société de consommation[102]. Mais un tel discours ne reflète pas toute la complexité du système[103].

16. - **Plan.** Le droit de la consommation est un phénomène juridique récent. Les premières lois qui l'incarnent sont adoptées en France au début des années 1970, son importance n'a cessé de croître depuis et il occupe de nos jours une place prépondérante au sein du système normatif[104]. Nous émettons l'hypothèse, rappelons-le, que le droit de la

[102] Cette idée de protection domine la doctrine consumériste française. C'est le professeur J. Calais-Auloy qui a fait de cette considération le cœur du droit de la consommation. L'auteur écrit ainsi dans son ouvrage droit de la consommation que : « *la relation entre professionnel et consommateur est naturellement déséquilibrée. […] les professionnels sont, par la nature des choses, en position de supériorité, et que les consommateurs risquent d'en être les victimes* ». V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation,* Dalloz, 8ème éd., 2010, n° 1. Ainsi, il faut protéger ces « *victimes* » potentielles et cela justifie l'existence du droit de la consommation. Cet objectif du droit de la consommation ressort comme le but essentiel (si ce n'est unique) du droit de la consommation comme en témoignent quelques autres citations du même passage : « *de façon générale, les consommateurs sont en situation de faiblesse. Tout en bénéficiant matériellement du développement économique, ils tendent à devenir de simples objets manipulés par les spécialistes du marketing. Ils sont à la fois les rois et les esclaves de cette « société de consommation » qui caractérise les pays développés. […] Ainsi apparaît la nécessité de protéger les consommateurs non seulement contre les malhonnêtetés […], mais encore contre les abus de puissance économique […]. Les dangers de la société de consommation furent d'abord dénoncés aux États-Unis […] Quelques années plus tard, les pays d'Europe occidentale ont eux aussi pris conscience des dangers courus par les consommateurs. Les années 1970 et 1980 ont vu l'éclosion et la multiplication, en France comme dans les pays voisins, d'organismes de défense et de règles protectrices. Ainsi est apparue cette discipline nouvelle que l'on appelle le droit de la consommation et qui a été consacrée, en France, par le Code de la consommation de 1993* ». La lecture de ces premiers développements laisse peu de place au doute et il faut considérer que le droit de la consommation constitue un dispositif protecteur des consommateurs qui sont faibles par rapport aux professionnels. Une dernière précision à ceux qui nous opposeraient que la lecture d'un seul ouvrage ne permet pas de faire une « généralité ». En fait ici, elle suffit ! Cela tient à une raison simple : J. Calais-Auloy est considéré comme le père du droit de la consommation et il est le fondateur de l'École de Montpellier et de son centre de recherche en droit de la consommation. Cela dit, qui niera le poids qu'ont en doctrine les affirmations de J. Calais-Auloy ? D'ailleurs cela explique peut-être cette sentence extraordinaire que l'on trouve sur Wikipédia (sous le terme consommation/Vision juridique) : « *Il n'existe, en France – et même semble-t-il en Europe – qu'une seule formation pour des juristes spécialisés en droit de la consommation (à l'Université de Montpellier) dont les grandes entreprises, cabinets, administrations, associations de consommateurs, ont désormais besoin* ». Voilà là une affirmation pour le moins surprenante ! Peut-être que les rédacteurs de Wikipédia exagèrent un peu, n'empêche que ces développements montrent l'influence qu'à eu, en France et dans le monde, la pensée du professeur J. Calais-Auloy. Cette influence rejaillit sur l'ensemble de la doctrine française en matière de droit de la consommation et donc concrètement, les « *idées générales* » que propose Monsieur J. Calais-Auloy pour introduire son ouvrage, essentiellement tournées vers l'objectif « protection des consommateurs », se retrouvent dans l'ensemble de la doctrine française en matière de droit de la consommation. L'intérêt d'une analyse historique apparaît dès lors encore plus utile : le désengagement constitue t-il un moyen de protection, ou outil de régulation ? Il faudra répondre à cette interrogation. V. *infra,* n° 392. - et s.

[103] L'affirmation constitue une idée importante de la thèse, elle sera développée plus en détail, notamment dans la seconde partie.

[104] J. Carbonnier enseignait en ce sens que « *la brusque montée d'une législation protectrice des consommateurs a été, en tous pays, un des phénomènes juridiques les plus voyants des années 70. En France, le mouvement s'est traduit par une série de lois (…). L'événement de 1993, c'est qu'au flanc de notre système civil d'obligations a été accroché un système autopoïétique dont on ignore comment il pourra être maîtrisé* », V. *Droit civil,* vol. II, 1ère éd. « Quadrige », PUF, 2004, n° 921. C'est ce qui ressort également de la lecture de la quatrième de couverture du Précis de Droit de la consommation de Messieurs J. Calais-Auloy et H. Temple, puisqu'ils écrivent que : « *le droit de la consommation a connu au cours des dernières années, un développement*

consommation organise massivement la possibilité de changer d'avis en droit des contrats[105] ; qu'il configure une sorte de droit au regret ou une gestion supplémentaire de la déception, ce qui conduit en fin de compte à voir émerger un « droit du désengagement ». En effet et comme nous tâcherons de le montrer tout au long de ce titre, les dispositifs qui composent le droit de la consommation prévoient dans la plupart des situations qu'ils réglementent cette faculté originale qui permet au consommateur de revenir sur son engagement. Le désengagement se manifeste assez nettement au regard pour ce qui est du droit positif, c'est-à-dire dans les règles qui s'appliquent aux contrats de consommation. Nous proposerons dans un premier temps une étude analytique de ce phénomène positif du désengagement en droit de la consommation (Chapitre premier). Ensuite, il nous semble qu'il faut aller plus loin. Une connaissance approfondie de ces règles positives implique d'en saisir l'économie – d'accéder à ce qui en fait l'unité. A cet égard, il faut bien comprendre que le droit de la consommation « dérive » de la société de consommation ; qu'il dispose une vocation historique à se constituer en droit de la société de consommation. Le phénomène juridique du désengagement ne peut être appréhendé dans sa totalité –et dans l'altérité qu'il offre au droit de l'engagement contractuel- qu'à condition de le replacer dans le contexte de son développement. Nous proposerons donc, dans un deuxième temps une analyse historique (Chapitre 2).

---

considérable. (…) en 1993, la matière a acquis une place prépondérante dans le paysage juridique français et européen suivant en cela le développement de l'économie de marché et les bouleversements des modes d'échange entre particuliers et professionnels ». Un autre auteur a pu qualifier le droit de la consommation de « *droit* majeur », *cf.* Y. Auguet, *Droit de la consommation,* Ellipses 2008, p. 27.

[105] V. sur cette question A. Farnsworth, *Changing your Mind : The Law of Regretted Decisions,* Yale University Press, 1998.

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE ANALYTIQUE : LE DESENGAGEMENT CONTRACTUEL EN DROIT DE LA CONSOMMATION

17. - L'ubiquité du désengagement en droit de la consommation. Affirmons le dès l'abord : le désengagement constitue une technique essentielle du droit de la consommation. Aussi la trouvons nous presque partout. Le désengagement est devenu la règle, aussi bien que l'engagement. Il se révèle, avec l'obligation d'information, comme le moyen le plus efficace pour réguler les relations de consommation[106]. D'un point de vue chronologique, précisons que le désengagement arrive après l'information, qui pour sa part régie des relations de type précontractuelles. Une logique est ici à l'œuvre. La structure des ouvrages qui présentent la matière s'en fait l'écho[107]. Le but de ce chapitre, est de présenter au lecteur ces dispositifs qui, en droit de la consommation, offrent au consommateur la faculté de se désengager. Il s'agit d'esquisser un droit qui, par principe, consacre dans l'institution contractuelle un droit au regret. Il est possible de scinder l'étude en deux points : parfois, la possibilité de se désengager a été octroyée du fait du procédé de vente utilisé (section 1), dans d'autres situations, c'est la nature du contrat projeté qui cause un droit au regret (section 2).

[106] Cette idée a été défendue par de nombreux auteurs. Monsieur S. Piedelièvre a ainsi pu écrire que : « *Le droit de la consommation s'est construit en grande partie autour de deux idées forces qui sont devenues en quelque sorte les piliers de la matière, à savoir l'information et la rétractation que l'on a retrouvées dans de très nombreuses dispositions législatives* », *cf*. *Droit de la consommation,* Economica, 2008, quatrième de couverture. J. Calais-Auloy et H. Temple insistent eux aussi sur l'importance de ces deux mécanismes en la matière, V. *Droit de la consommation,* 8ème éd. Dalloz, 2010, n° 25.

[107] C'est le cas de l'ouvrage de J. Calais-Auloy et H. Temple. En effet, les auteurs scindent leur Précis en trois parties et traitent l'information dans la première d'entre elles intitulée « *les préliminaires du contrat de consommation* ». Les mécanismes de désengagement, quant à eux, sont traités dans la deuxième partie consacrée aux contrats de consommation, ce qui confirme la chronologie posée.

Section 1
La possibilité d'un désengagement dans certains procédés de vente

18. - La réaction du législateur face aux évolutions des techniques de vente. Le marketing s'est considérablement développé dans nos sociétés de marché. Les professionnels ont élaboré des techniques de plus en plus perfectionnées ; techniques qui permettent de faciliter, voir d'inciter, les consommateurs à conclure des contrats. En effet, si pendant longtemps les vendeurs attendaient la visite des acheteurs dans leur commerce ou au marché, ils ont vite compris l'intérêt de devancer la demande, ou plus exactement de la provoquer. Deux procédés se sont ainsi développés dans ce but de solliciter les clients le plus efficacement possible : il s'agit du démarchage et des contrats à distance. Ces deux techniques ont connu un grand succès et le législateur n'avait d'autre choix que de les réglementer. Une telle réglementation contient le germe d'un droit de se désengager, comme nous allons le voir 3sous peu. Les contrats proposés par démarchage ont retenu tout d'abord l'attention du législateur[108], nous les étudierons en premier (§1). Par suite, nous procéderons à l'analyse du dispositif applicable aux contrats à distance (§2).

[108] C'est la loi du 22 décembre 1972 qui est venue encadrer ce procédé de vente particulier. D'ailleurs, cette loi constitue le premier dispositif d'inspiration « consumériste », comme le souligne volontiers la doctrine. V. en ce sens, J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 110 ; G. Raymond, *Droit de la consommation,* 2ème éd. Litec, 2011, n° 261 ; ou encore Y. Auguet, *Droit de al consommation, op. cit.,* p. 25-26.

§ 1. Le désengagement en matière de démarchage

19. - Précisions. Comme nous l'avons suggéré, le démarchage est une technique qui favorise largement la conclusion des contrats avec les consommateurs. Il a également été souligné que ce procédé de vente avait fait l'objet d'une réglementation spécifique, laquelle contenait une faculté pour le consommateur de « revenir sur son engagement ». Se confronter dès l'abord au mécanisme du désengagement ne nous paraît pas opportun. Nous reviendrons dans un premier temps sur le démarchage en général (A). Cela fait, il sera possible d'analyser plus en détail cette technique qui permet au consommateur démarché par un professionnel de se désengager du contrat projeté (B).

A. Le démarchage en droit de la consommation

20. - Le démarchage dans le Code de la consommation. Le démarchage[109] a fait l'objet d'une réglementation spécifique en 1972 et a subi depuis certaines modifications[110]. Ajoutons que le dispositif en question a été intégré au Code de la consommation en 1993, il figure aujourd'hui aux articles L. 121-21 et suivant du Code. Le texte se situe dans le premier livre du Code relatif à « l'information des consommateurs et à la formation des contrats », dans un titre 2 qui a trait aux « pratiques commerciales ». L'alinéa premier dispose qu' : « *est soumis aux dispositions de la présente section quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services* » ; le second alinéa est ainsi rédigé : « *Est également soumis aux dispositions de la présente section le démarchage dans les lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé et notamment l'organisation par un commerçant ou à son profit de réunions ou d'excursions afin de*

[109] Outre les ouvrages de Droit de la consommation qui traitent du démarchage, le lecteur se reportera utilement aux articles suivants : A. Bietrix et H. Birbès, *Vente à domicile et protection des consommateurs, Cah. Dr. De l'entreprise,* I, 1973 ; J. Calais-Auloy, *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur,* D. 1973, p. 266 ; P-J Doll et H. Guérin, *Le démarchage et la vente à domicile, JCP*. 1973, I, 2524 ; J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, RTD. Civ. 1976, p. 66.

[110] Citons par exemple la loi du 23 juin 1989 qui a étendu son domaine d'application.

réaliser les opérations définies à l'alinéa précédent ». Premier constat : aucune définition du démarchage ne figure au texte Quelques précisions s'imposent, en commençant par l'opération même de démarchage.

21. - **Définition.** Dans le dictionnaire, le terme « démarchage » est défini comme l' : « *Activité commerciale qui consiste à solliciter la clientèle à son domicile* »[111] et les synonymes proposés sont : porte-à-porte, courtage et prospection. Quant au mot « démarche », on trouve au sens 3 la définition suivante : « *Tentative auprès de quelqu'un pour réussir une entreprise, mener à bien une affaire* »[112]. Le terme vient du latin *marcare* qui signifie marteler, broyer (de *marcus* : marteau). Pour une définition plus juridique, nous utiliserons le *Vocabulaire juridique* de Monsieur G. Cornu, où le démarchage est défini comme : « *L'activité (vue avec méfiance par la loi) consistant à se rendre à domicile (ou même sur un lieu de travail) pour solliciter la conclusion d'un contrat* »[113]. Ces deux définitions semblent assez proches mais des différences apparaissent néanmoins, elles figurent entre parenthèses. D'abord, on remarque que les juristes admettent la possibilité d'un démarchage sur un lieu autre que le domicile du client, à savoir son lieu de travail ; nous reviendrons sur cette évolution[114]. Plus important à nos yeux est la seconde différence, différence intégrée dans la définition juridique : « *vue avec méfiance par la loi* ». Il nous semble qu'un tel propos en dit long sur la conception que les auteurs se font du droit de la consommation en général. Nous voyons ainsi que les juristes arriment cette technique de vente à des considérations protectrices : le législateur se méfie du démarchage parce que des dérives semblent inhérentes à cette pratique ; or, le consommateur, en tant que partie faible, pourrait être la victime de professionnels mal intentionnés et il importe, en conséquence, de le protéger par des lois[115]…

[111] Pour cette définition, V. J. Rey-Debove et A. Rey (sous la dir.), Nouvelle édition du Petit Robert, Paris, 1996, p. 580, V°.

[112] *Cf. Ibid.*

[113] V. G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique,* PUF, 1987, V°.

[114] V. *infra,* n° 25. -

[115] V. notamment J. Calais-Auloy, *Les ventes agressives : D.* 1970, chron. p. 37.

22. - Idée sous-jacente. « *Si tu ne viens pas à Lagardère, Lagardère viendra à toi !* »[116]. Voici la célèbre sentence que le chevalier adressait à l'assassin du duc de Nevers, Gonzague, alors qu'il le blessait à la main pour un jour le retrouver, et ainsi venger le duc, comme il l'avait promis ! Quel rapport avec notre sujet ? Il nous semble que les vendeurs professionnels, ayant recours à la technique du démarchage, mobilisent une devise très proche : si tu ne viens pas acheter nos produits, nous viendrons te les vendre !!! Telle est la logique du démarchage, ce qui la caractérise : « *aller au devant de la clientèle pour lui proposer des biens ou des services* »[117]. L'idée de sollicitation, de prospection est là : le professionnel va chercher le client qui ne serait pas venu de lui-même[118].

23. - Éléments constitutifs. En croisant les éléments ci-dessus présentés et dans une « démarche » tout à fait « structuro-rationaliste », la doctrine a réussi à dégager des conditions qui permettent de délimiter la sphère d'influence du dispositif, son domaine d'application. Il convient de s'arrêter sur ces conditions. Les auteurs distinguent traditionnellement dans leurs ouvrages trois conditions qui, à défaut d'être réunies, bloquent la mise en œuvre du dispositif relatif au démarchage[119].

24. - Rationae personae. Premièrement, pour qu'il y ait démarchage au sens juridique du terme, il faut que le client soit une personne physique. *A fortiori,* seront exclues du champ d'application du démarchage les personnes morales[120]. Monsieur G. Raymond parle d'un « *face à face* » entre le démarcheur et le démarché[121]. En somme, il est question d'un contrat conclu en présence des deux parties, telles est la première condition. Une dernière

---

[116] Extrait du film réalisé par André Hunebelle, sorti au cinéma en 1959 et adapté du roman homonyme de Paul Féval, datant de 1857.

[117] J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation,* 8ème éd. Dalloz, 2010, n° 110.

[118] C'est d'ailleurs pour cette raison que les dispositions relatives au démarchage ne s'appliqueront pas à la conclusion d'un avenant modifiant un contrat préexistant, CA Douai, 29 juin 2000 : *JCP G* 2001, IV, 2543, le fait qu'une relation de nature contractuelle sur un même objet soit déjà établie paralyse l'application desdites règles. Il en va de même lorsque qu'un contrat conclu à domicile ne fait que reprendre les éléments essentiels d'un accord préalable, Cass. Crim. 27 juin 2006, *D.* 2007. 484, note Bazin.

[119] Parmi ces auteur, V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *cf. Droit de la consommation, op. cit.,* n° 111 ; ou encore G. Raymond, *cf. Droit de la consommation, op. cit.,* n° 362 et s.

[120] Mais des personnes morales pourraient par une manifestation de volonté en ce sens, soumettre leur accord au droit de la consommation. V. par exemple, Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Concurrence, consommation,* 2009-2010, n° 15560 – Cass. 1ère civ., 7 décembre 2004 n° 1805 : RJDA 1/06 n° 71 ; dans le même sens, CA Paris, 27 novembre 1997 : *RJDA* 1998, n° 224 ; enfin CA Riom, 22 juin 2006 : *JurisData,* n° 2006-313445.

[121] *Cf.* G. Raymond, *ibid.*

précision avant de passer à la deuxième condition : cette nécessité justifie l'exclusion de ce que l'on nomme le « démarchage téléphonique », lequel relève du régime des ventes à distance[122].

25. - Rationae loci. Dans sa forme originaire, la loi visait le domicile, la résidence et le lieu de travail de la personne démarchée. Mais la loi du 23 juin 1989 étend le champ d'application du dispositif au démarchage en des lieux non destinés à la commercialisation. L'idée est qu'il y a démarchage dès lors que la personne se trouve face à un vendeur qu'elle n'aurait pas rencontré d'elle-même. Le client sollicité est également démarché. En ce sens, la Cour de Cassation juge que relève du régime du démarchage les contrats conclus dans un magasin lorsque le client a été invité par téléphone à se déplacer[123]. Entrent également dans le champ d'application du dispositif les « *réunions et excursions organisées dans le but de vendre des biens ou des services et aussi aux contrats conclus au domicile d'un* tiers »[124]. Ces extensions du domaine d'application montrent à quel point cette technique a évolué au fil du temps. Monsieur G. Raymond écrit à cet égard : « *Conçu au départ comme du porte à porte, le démarchage a évolué et des entreprises se sont spécialisées dans ce qu'il a été convenu d'appeler les home-parties ou « ventes en réunion »* »[125]. En revanche, les contrats conclus sur une foire ou un marché n'entrent pas dans le champ d'application du dispositif et la jurisprudence, tant de la Haute Juridiction que des Cours d'Appel, s'oriente dans cette direction[126]. Finalement, il semble qu'il y ait démarchage dès lors que ce n'est plus le client qui va sur le marché mais l'inverse ; bref, il y a clairement dans le démarchage cette incitation à consommer[127]. Pour G. Raymond, le critère serait la notion d'initiative : soit le client est à

---

[122] Sur les ventes à distance, V. *infra,* n° 45. - et s.

[123] V. Cass. 1ère civ., 30 mars 1994 : *JCP* G 1994, II, 22302 ; *D.* 1994, somm. P. 235 obs. G. Paisant – Cass. Crim., 10 janvier 1996 : *D. affaires* 1996, p. 577 – Cass. Crim. 26 octobre 1999 : *JCP* E. 200.804, note Robert – CA Agen, 18 février 1993 : *Contrats, conc. consom.,* 1993, comm. 165 – CA Paris, 13ème ch., 13 octobre 1989 : *JurisData* n° 1989-025256. - CA Paris, 9ème ch., 14 octobre 1989 : *JurisData* n° 1989-027226. - CA Paris, 8ème ch., 30 janvier 1992 : *Contrats, conc. consom.,* 1992, n° 125. – CA Bordeaux, 11 avril 1995 : *JurisData* n° 1995-051298 ; en revanche, en l'absence d'une telle sollicitation, la qualification de démarchage sera rejetée, CA Paris 8ème ch. D, 5 septembre 2001 : *JurisData* n° 2001-152770 ; *Contrats, conc., consom.,* 2002, comm. 86.

[124] *Cf.* J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 111.

[125] *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* n° 360.

[126] Cass. 1ère civ., 10 juillet 1995 : *Contrats, conc., consom.,* 1995, comm. 194 – CA Lyon, 24 juin 2004 : *Contrats, conc., consom.,* 2005, comm. 21 – CA Riom, 15 janvier 2009 : *JurisData* n° 2009-000090 ; *Contrats, conc., consom.,* 2009, comm. 121 – CA Rennes, 18 décembre 2009 : *JurisData* n° 2009-021892.

[127] En ce sens, Y. Auguet (sous la dir.), *Cf. Droit de la consommation, op. cit.,* p. 208 : « *dans le démarchage, le consommateur n'a aucune intention préalable d'acheter* ».

l'initiative de l'opération et il n'y a pas démarchage, soit c'est le professionnel qui a déclenché l'opération et il y a, dans ce dernier cas, démarchage au sens de l'article L. 121-21 du Code de la consommation[128]. Ce propos nous amène à la dernière condition, relative à la conclusion d'un contrat.

26. - Rationae materiae. Pour que la qualification de démarchage soit retenue, il est nécessaire que le démarcheur propose au consommateur démarché la conclusion d'un contrat, qu'il y ait « incitation » à s'engager. Remarquons que le législateur a expressément visés certains contrats, ce que regrettent certains auteurs[129]. Le texte français connait donc un domaine plus restreint que celui de la directive européenne du 20 décembre 1985[130] ; cela explique sans doute la position des auteurs qui regrettent la précision excessive et dangereuse (selon eux) du législateur. Il est possible d'apporter une précision pour le cas où un client demande la venue d'un professionnel : cette situation ne rend pas inapplicable les règles régissant le démarchage. La question est toujours de savoir si la proposition faite au consommateur est nouvelle ou pas. En ce sens, la Cour de Cassation a jugé qu'un serrurier qui se rend au domicile de clients pour une réparation et propose, dans le même temps, l'achat d'une nouvelle serrure, réalise bel et bien un démarchage au sens juridique du terme[131] et donc, se soumet au régime de ces contrats « hors établissement »[132]. Cette logique a été mobilisée par les juges du droit dans plusieurs situations similaires[133].

27. - En somme. Appliquer le régime du démarchage implique un « face à face » entre un professionnel et un consommateur, dans un lieu particulier non destiné à la

---

[128] *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 365 ; dans le même sens, Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Concurrence, consommation,* 2009-2010, n° 15660.

[129] Parmi eux, J. Calais-Auloy et H. Temple, V. *ibid.* : « *On peut cependant regretter que le législateur, au lieu de s'exprimer en termes généraux (proposer des biens ou des services à titre onéreux) ait cru devoir citer des contrats (achat, vente, location, location-vente, location avec option d'achat) ; toute liste limitative comporte le risque d'un oubli* ».

[130] *JOCE* n° L 373/31, 31 décembre 1985 ; le texte européen vise les contrats de fournitures de biens ou de services.

[131] *Cf.* Cass. 1ère civ., 3 mars 1993 : *RJDA* 10/93 n° 848 – CA Paris, 11 mars 2002 : *RJDA* 8-9/02, n° 948.

[132] Nous n'avons pas encore utilisé cette terminologie mais c'est l'autre nom donné au démarchage…

[133] Le régime du démarchage a ainsi été appliqué lorsqu'un professionnel propose l'achat de l'appartement d'un particulier alors que ce dernier l'a fait venir chez lui pour une expertise gratuite, Cass. 1ère civ., 3 juillet 2008 n° 06-21.877 : *Dr. Pén.* 2008 comm. 143, note Robert ; il en va de même lorsque des particuliers, par téléphone, entrent en contact avec une entreprise de pompe funèbre, laquelle envois un employé qui fait commandé à ces personnes un monument funéraire, Cass. Crim., 14 février 1991 : *RJDA* 4/91 n° 343.

commercialisation et on trouve toujours une incitation à conclure à contrat qui, à l'origine, n'était pas prévu dans l'esprit du consommateur. Nous avons donc délimité de manière positive le domaine d'application du démarchage ; reste à voir maintenant les opérations qui sont exclues du champ d'application des articles L. 121-23 et s. du Code de la consommation.

28. - Exclusions. Quelques précisions s'agissant des opérations exclues du champ d'application de ce dispositif. A nouveau, nous partons du texte législatif, en l'occurrence l'article L. 121-22 du Code de la consommation. Aux termes du premier alinéa de cet article : « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 121-23 à L. 121-29 les activités pour lesquelles le démarchage fait l'objet d'une réglementation par un texte législatif particulier* » ; le second alinéa dispose que : « *Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 121-23 à L. 121-28 : 1° Les ventes à domicile de denrées ou de produits de consommation courante faites par des professionnels ou leurs préposés au cours de tournées fréquentes ou périodiques dans l'agglomération où est installé leur établissement ou dans son voisinage ; 2° et 3° (supprimés par L. n° 95-96, 1er février 1995) ; 4° Les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession* ». Nous pouvons voir, donc, que dans certaines situations où on est en présence d'un démarchage, le régime de ce dernier ne sera pourtant pas applicable. Ces opérations sont donc exclues de part leur nature particulière (elles correspondent à l'alinéa 2). Mais il en est d'autres qui ne se verront exclus du champ d'application pour une autre raison : il s'agit des opérations réglementées par un autre texte (c'est l'alinéa 1), ou tout simplement prohibées[134].

29. - « Exclusions générales ». La première exclusion vise les ventes au cours de tournées fréquentes et périodiques de denrées et produits de consommation courante. Comme l'écrit monsieur S. Piedelièvre : « *la nature du produit et le caractère limité géographiquement de la tournée sont prépondérants* »[135]. On comprend toutefois que la situation relève plus du commerce traditionnel que du démarchage dans la mesure où les consommateurs vont à la rencontre du vendeur, si bien qu'ils ont cette intention d'acheter

[134] Pour cette raison, G. Raymond distingue les opérations exclues d'une manière générale de celles exclues de manière particulière (*Cf. Droit de la consommation, op. cit.,* n° 368 et s.), nous lui empruntons cette distinction.

[135] *Cf.* S. Piedelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 203.

avant de rencontrer le vendeur (c'est d'ailleurs pour cela qu'ils y vont !) et donc, conformément à ce que nous avons expliqué au numéro précédent, le professionnel n'est pas à l'initiative de l'opération, il n'a pas incité le client à s'engager. La deuxième exclusion cible les personnes morales démarchées. Mais l'exclusion procède de l'article L. 121-21. Très rarement, la Cour de Cassation a appliqué le régime du démarchage dans le cas où le démarché était un GAEC[136], mais une fois ne vaut pas coutume et la doctrine tend à voir dans cet arrêt une solution d'espèce[137]. Les tribunaux semblent par ailleurs assimiler les situations dans lesquelles la personne morale est une société ou une association[138]. L'article L. 121-22 exclue également du champ d'application du dispositif les opérations réalisées pour les besoins d'une activité professionnelle. Le texte parle des contrats qui ont « *un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession* ». On s'en sera douté, toute la difficulté réside en le fait de savoir s'il y a, ou non, un rapport direct entre le contrat et l'activité[139]. Une jurisprudence abondante témoigne de ces difficultés. Ainsi, les juges ont pu retenir l'absence de rapport direct dans une affaire où un médecin faisait installer un dispositif de télésurveillance dans son cabinet professionnel[140]. La Cour de Cassation a également écarté l'existence d'un lien direct s'agissant d'un agriculteur qui se procure un extincteur[141]. A l'inverse, un lien direct était établi dans un contrat de location de vidéos engageant un buraliste qui tirait profit de sa position d'intermédiaire[142]. Les exemples sont donc nombreux, et les tribunaux semblent utiliser des critères variés pour apprécier l'existence du rapport direct[143]. La Cour de Cassation semble raisonner à partir de la notion de « finalité du

[136] V. Cass. 1ère civ., 6 janvier 1993 : *Bull. civ.,* 1993, I, n° 4 ; *D.* 1993, somm. P. 237, obs. Paisant ; *Contrats, conc. consom.,* 1993, comm. 62.

[137] En ce sens G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 369.

[138] En ce sens, CA Grenoble, 24 janvier 2002 : *Contrats, conc. consom.,* 2002, comm. 150, pour le cas d'une société ; pour une association, voyez CA Paris, 7 novembre 2001 : *RJDA* 2002, n° 319 – CA Dijon, 24 mai 2005 : *Contrats, conc. consom.,* 2005, comm. 214 – *Contra,* avis de la DGCCRF : 27 octobre 1995 : *BID* 1995, n° 12, p. 8.

[139] J. Calais-Auloy et H. Temple écrivent que : « *le caractère direct ou indirect du rapport soulève de sérieuses difficultés d'appréciation* », *Cf. Droit de la consommation, op. cit.,* n° 112 ; V. aussi R. Fabre, *Analyse de l'article 15 de la loi Doubin, Cah. Dr. entre.,* 4-1990

[140] CA Grenoble, 27 septembre 1999 : *Contrats, conc. consom.,* 2000, comm. 88, 2ème esp.

[141] Cass. 1ère civ., 3 janvier 1993, *D.* 1993.5.237, obs. Paisant.

[142] V. Cass. 1ère civ., 9 mai 1996, *Bull. civ.,* I, n° 197 ; *JCP* E. 1996, pan. 758 ; *JCP* G, IV, 1440 ; *Contrats, conc. consom.,* 1996, comm. 117, note Raymond ; *RTD com.,* 1997, p. 132, obs. Bouloc.

[143] Les Cours d'Appel rendent sur cette question des solutions variées. Tantôt prime le critère de « l'extension d'activité », d'autres fois, c'est l'amélioration des conditions d'activité qui sera le critère déterminant.

contrat »[144]. Monsieur G. Raymond observe à cet égard que : « *derrière cette recherche de la finalité du contrat, c'est la notion de cause impulsive et déterminante qui réapparaît. Pour qu'il y ait exclusion du champ d'application des règles du démarchage, il faut que cette recherche de l'intérêt de l'entreprise soit exclusive…* »[145].

30. - Le démarchage en matière immobilière. qu'il existe une controverse s'agissant de l'inclusion ou de l'exclusion des immeubles. Depuis l'adoption de la loi Dabin du 31 décembre 1989, le dispositif ne vise plus des marchandises ou objets quelconques, l'article L. 121-21 nous vise les « biens » et « fourniture de services ». Ce n'est pas les meubles et les services qui posent problème[146], mais les biens immobiliers. En effet, une partie de la doctrine soutient que ce changement terminologique a pour conséquence de rendre applicable le régime du démarchage en matière d'immeuble[147]. Au rebours de cette affirmation, d'autres auteurs plaident plutôt en faveur de l'exclusion des immeubles. C'est le cas de G. Raymond qui présente deux arguments au soutien de sa position : d'une part la directive européenne n° 85-577 du 20 décembre 1985 opère cette exclusion, d'autre part l'existence d'un texte spécial qui s'applique aux ventes de maisons individuelles[148]. L'avenir jurisprudentiel reste incertain, du fait de décisions qui admettent l'inclusion des immeubles[149].

31. - « Exclusions particulières ». C'est parfois l'existence d'un texte spécial qui justifie l'exclusion du champ du dispositif. La loi prohibe certains démarchages et en réglemente d'autres.

---

[144] *Cf.* Cass. 1ère civ., 9 mai 1996, *Bull. civ.,* I, n° 197 ; *JCP* E. 1996, pan. 758 ; *JCP* G, IV, 1440 ; *Contrats, conc. consom.,* 1996, comm. 117, note Raymond ; *RTD com.,* 1997, p. 132, obs. Bouloc – Cass. 1ère civ., 26 novembre 2002 : *Bull. civ.* 2002, I, n° 290 ; *JurisData* n° 2002-016552 ; *Contrats, conc. consom.,* 2003, comm.. 80, 1er esp.

[145] V. G. Raymond, Droit de la consommation, *op. cit.,* n° 371.

[146] Même lorsque le service porte sur un immeuble, sur ce point, G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 371.

[147] Parmi les défenseurs de cette thèse, J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 111 ; Y. Picod et H. Davot, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 83 ; voyez enfin Meysson et Tirard, *La réglementation des contrats portants sur la construction de maisons individuelles : JCP* N 1973, I, 2579.

[148] CCH, article L. 231-1.

[149] En ce sens, CA Paris, 2ème ch. B, 23 novembre 2006 : *Contrats, conc. consom.,* 2007, comm. 110 ; *JurisData* n° 2007-321808 ; la Cour de Cassation a également admis l'inclusion des immeubles dans le cadre d'une vente en viager, mais comme le souligne G. Raymond, il s'agit là d'une vente très spéciale, aussi il ne serait pas prudent de tirer des conclusions trop hâtives, cf. Cass. 1ère civ., 3 juillet 2008, *Contrats, conc. consom.,* 2008, comm. 283 ; *Dr. pén.* 2008*,* comm. 143, obs. Robert ; *D.* 2008, p. 1991, obs. Gallmeister.

32. - **Prohibition.** En certaines matières ou concernant certains produits[150] et services, le démarchage est purement et simplement prohibé. Tel est le cas des opérations portant sur de l'or en lingots, en barres, des monnaies étrangères ou encore des pièces d'or démonétisées[151]. Dans le même esprit, le Code de la santé publique prohibe le démarchage pour les pharmaciens et leurs préposés[152]. Il est également interdit de proposer par démarchage des conseils juridiques ou la rédaction d'actes juridiques[153]. On trouve une interdiction similaire en matière d'enseignement[154] et la Cour de Cassation a élargi cette interdiction au démarchage relatif à du matériel pédagogique[155]. On interdit enfin le démarchage en matière de conventions d'obsèques à la suite d'un décès[156]. En somme, le démarchage est parfois prohibé par le législateur et du fait qu'il est interdit, il ne peut entrer dans le champ d'application des règles du démarchage, ce qui paraît logique.

33. - **Réglementation spéciale.** D'autres exclusions existent mais il convient de les distinguer de celles présentées ci-dessus, cela tient au fait qu'au rebours de ces dernières, elles ne sont pas interdites mais réglementées par d'autres textes. Or, le spécial s'applique par préférence au général, en vertu d'un adage que tout le monde connait : « *Specialia generalibus derogant* », ainsi, leur exclusion du champ d'application des articles L. 121-23 et s. du Code de la consommation est logique. Il en va de la sorte pour les contrats d'assurance,

[150] C'est le cas des prothèses auditives (R. 4363-2 du Code de la santé publique) ou encore des verres correcteurs d'amétropie (L. 4362-9 du Code de la santé publique).

[151] Comme le dispose l'article L. 342-1 du Code monétaire et financier.

[152] Article L. 5125-25 du Code de la santé publique.

[153] Au terme de l'article 66-4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ; la Cour de Cassation estime que le fait de poser des affiches où l'on propose une « assistance juridique » avec un numéro de téléphone et la mention « nous sommes titulaires du CAPA » constitue bien une pratique de démarchage. *Cf.* Cass. Crim. 28 octobre 1998 : *Bull. crim.* 1998, n° 280.

[154] L'interdiction résulte des articles L. 471-4 et L. 471-5 du Code de l'éducation.

[155] *Cf.* Cass. Crim. 14 juin 1984 : *Bull. Crim.* 1984, n° 223 – Cass. Crim., 4 janvier 1982 : *D.* 1982, inf. rap., p. 163.

[156] Comme le prévoit l'article L. 2223-33 du Code général des collectivités territoriales.

en vertu de l'article L. 112-9 du Code des assurances[157]. De la même manière, le démarchage bancaire et financier relève d'un régime spécifique sur lequel nous reviendrons[158].

B. Description du dispositif technique octroyant au consommateur démarché la possibilité de se désengager

34. - Droit commun et droit spécial[159]. Nous venons d'expliquer qu'à côté des articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation existaient des dispositions spécifiques. L'objectif est le suivant : analyser tous ces textes qui prévoient, dans le cas d'un démarchage, une faculté de revenir sur son engagement. Nous évoquerons les règles de ce que l'on pourrait appeler le droit commun du démarchage (1). Il conviendra par suite de revenir sur chacun de ces cas particuliers de démarchage pour voir s'ils contiennent, ou pas, un dispositif similaire (2).

1. Le désengagement dans le « droit commun » du démarchage

35. - Le renforcement de l'efficacité du désengagement par le formalisme. C'est toujours par des exigences relatives à la forme du contrat que le législateur assure la pleine efficacité du dispositif de désengagement, comme en témoignent, s'agissant du démarchage, les articles L. 121-21 et suivants du Code. Une précision importante : ces règles sont d'ordre public et les personnes visés par le dispositif ne pourront pas y renoncer[160]. Ainsi les contrats qui sont conclus par démarchage doivent faire l'objet d'un écrit. Cet écrit doit non seulement

[157] Il faut préciser que le texte exclu le démarchage pour les assurances de voyages, de bagages ou ceux d'une durée de moins d'un mois. *A priori,* les articles L121-21 et s. devraient s'appliquer. *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 373.

[158] Conformément aux articles L. 341-1 à L. 342-3 du Code monétaire et financier, issus de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, dite de sécurité financière.

[159] Soulignons au passage la complexité du système ainsi présenté. En effet, nous retrouvons à l'intérieur du Droit de la consommation, déjà considéré comme un droit « spécial », une distinction entre des règles à vocation générale et d'autres qui s'appliquent spécialement à telle ou telle situation. Il existe ainsi un droit commun spécial (le droit commun de la consommation et en l'occurrence, du démarchage) et un droit doublement spécial.

[160] V. Cass. 1ère civ., 16 mars 1994 : *RJDA* 6/94 n° 723.

être lisible par la personne démarchée[161], mais aussi figurer en deux exemplaires dont un est destiné au consommateur[162]. Teinté d'un formalisme pragmatique, le contrat conclu chez un consommateur[163] doit comporter certaines mentions ; le contrat est frappé de nullité si ces mentions ne figurent pas dans l'acte. Et là, nous trouvons un élément particulièrement intéressant pour notre propos. Cet élément, c'est le fait que, parmi ces mentions obligatoires, figure la mention de « *la faculté de renonciation* » prévue par le dispositif[164]. Avant même de présenter les contours de cette faculté offerte au consommateur, le législateur s'assure que le client démarché en aura connaissance ; il garantie ainsi l'efficacité du dispositif. Dans ce même esprit de simplification et d'efficacité, le législateur a posé une autre exigence propre aux contrats conclus par démarchage et qui consiste en la présence, dans l'acte, d'un « *formulaire détachable destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation* » dont il dispose[165]. Enfin, l'écrit dont il est question devra être daté et signé « *de la main même du client* ». A nouveau, c'est la nullité du contrat qui sanctionne tout manquement à ces obligations. Ces précisions ne sont pas directement liées au désengagement mais elles permettent tout de même de prendre conscience de cette volonté du législateur de simplifier au maximum l'exercice de la faculté de renonciation.

36. - La faculté de renonciation de l'article L. 121-25 du Code de la consommation. Le texte est rédigé comme suit : « *Dans, les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. Si ce délai expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue. Le présent article ne s'applique pas aux contrats conclus dans les conditions prévues à l'article L. 121-27* ». Le législateur parle d'une « faculté de renonciation ». Cette dernière est juridiquement définie comme l' « *acte de disposition par lequel une personne – abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine (droit substantiel ou action en justice) – éteint ce droit* […]

[161] *Cf.* Cass. Com., 23 octobre 1984, IV, n° 279 ; *JurisData* n° 1984-001699.

[162] « *dont un exemplaire doit être remis au client au moment de la conclusion de ce contrat* », V. L. 121-23.

[163] Ou sur son lieu de travail, ou dans un autre lieu non destiné à la commercialisation, V. *supra,* n° 14.

[164] L'obligation résulte de l'article L. 121-23, 7°.

[165] Le formulaire en question devra répondre aux prescriptions des articles R. 121-4 et R. 121-5 du Code de la consommation.

ou s'interdit de faire valoir un moyen de défense ou d'action »[166]. Il importe à ce stade de retenir que l'article L. 121-25 du Code de la consommation permet au consommateur de se désengager. Lorsqu'un démarcheur incite un consommateur à conclure un contrat et que ce dernier accepte la proposition qui lui est faite en signant le contrat, il pourra, pendant sept jours à compter du lendemain[167], changer d'avis. Pour informer l'offrant, le client démarché devra renvoyer le formulaire détachable prévu à cet effet. Le consommateur qui prétend avoir usé de sa faculté de renonciation devra, en cas de litige, en rapporter la preuve[168]. L'octroi du délai est d'ordre public : le consommateur démarché ne peut renoncer à sa faculté de renoncer ! Pas de difficulté particulière, simplement une dernière précision : pour faciliter encore plus l'exercice de la faculté de renonciation par le consommateur démarché, le législateur a posé une interdiction pour le professionnel d'obtenir une contrepartie quelconque pendant l'écoulement du délai.

37. - Interdiction d'une contrepartie quelconque. Une contrepartie quelconque ne saurait être valablement demandée par le professionnel pendant l'écoulement du délai de renonciation. L'article L. 121-26 est très clair sur ce point : aucune contrepartie ne peut profiter au professionnel qui démarche un client pendant une durée de sept jours. La loi interdit aussi l'obtention d'engagements[169] et l'exécution d'une prestation ; en somme, les contreparties sous quelque forme que ce soit[170]. Il n'y a pas lieu de distinguer si le professionnel a, ou non, sollicité la contrepartie[171]. Cette prohibition ne connaît qu'une seule

---

[166] Cette définition est issue Cornu G., Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique,* PUF, 7ème éd. « Quadrige », 2006, *v°,* p. 786.

[167] Les juges du droit ont ainsi pu préciser que : « *sauf dispositions législatives contraires, lorsqu'un délai est exprimé en jours, celui de l'acte qui le fait courir ne compte pas* », *Cf.* Cass. Crim., 5 octobre 1987, n° 86-92.194, Gaz. Pal. 1988, 1, jur., p. 307, *Rev. Sc. Crim.* 1989, p. 132, obs. Pradel. Est ainsi valable une renonciation exercée un 30 mars pour un bon de commande signé le 23 mars.

[168] V. Cass. 1ère civ., 13 février 1996 : *JurisData* n° 1996-000958 – Cass. Crim., 18 septembre 1995 : *JCP* E 1996, pan. 46.

[169] Soulignons le manque de rigueur du législateur qui, dans l'article précédent, fait courir le délai « *à compter de l'engagement* ». Bref, la proposition de contrat de l'article L. 121-21, devient dans L.121-25 le moment de « *la commande* » ou de « *l'engagement d'achat* ». , ce dernier étant pourtant prohibé, par L. 121.26, pendant le délai qu'il met lui même en marche.

[170] Constitue une contrepartie la réception d'un chèque pendant le délai, bien qu'encaissé plus tard, CA Pau, 28 janvier 1993, *JCP* G 1993, IV, p. 101, n° 14 ; V. également Cass. 1ère civ., 18 juin 1996, n° 94-15.121, *Bull. civ.,* I, n° 263 ; *RJDA* 1996, n° 1550. Il en va de même pour une autorisation de prélèvement bancaire, *cf.* Cass. Crim., 6 mars 1984, n° 83-90.469, *Bull. crim.,* n° 89 ; *D.* 1984, jur. p. 552, note Pizzio - Cass. Crim., 7 décembre 1999, n° 99-82.895, *Rev. Lam. Dr. Aff.* 2000, n° 1626, obs. Storrer ; *Contrats conc. Consom.,* 2000, comm. 134 ; Cass. 1ère civ., 17 janvier 2008, *Contrats conc. Consom.,* 2008, comm. 119.

[171] Cass. Crim., 18 septembre 1995, *JCP* E 1996, pan. 46 – Cass. Crim., 16 décembre 1986 : *D.* 1987, somm. P. 457 ; *RTD com.* 1988, p. 113.

exception, laquelle figure à l'article L. 121-26, al. 2 du Code de la consommation et elle concerne les « *souscriptions à domicile d'abonnement à une publication quotidienne* ». Des sanctions ont été assorties au dispositif, elles peuvent être de nature civile ou pénale[172].

38. - **Sanctions pénales.** Elles sont encourues par le professionnel qui oublie des mentions obligatoires sur l'acte qui est signé. Il en va de même lorsque le délai de renonciation de sept jours n'est pas respecté. Le démarcheur risque également des sanctions s'il accepte une contrepartie avant que les sept jours ne soient révolus. Précisons que ces sanctions peuvent prendre la forme de condamnation à une peine d'emprisonnement, une amende[173], ou encore une interdiction d'exercer une profession commerciale[174]. Évidemment, les poursuites peuvent être intentées à l'encontre du démarcheur ; mais le commanditaire du démarchage ainsi que le fournisseur des marchandises peuvent également être condamnés[175].

39. - **Sanctions civiles.** La sanction « traditionnelle » est la nullité du contrat. Or lorsqu'il est question de nullité, il est important de savoir si l'on se trouve en présence d'une nullité relative ou absolue. Les juges du droit ont considéré, dans un premier temps, que la nullité était une nullité absolue[176]. Puis, par un arrêt du 28 novembre 1995, la Cour de cassation prend le parti opposé et retient l'existence d'une nullité relative, sans d'ailleurs vraiment justifier sa position[177]. Et le choix entre nullité relative et nullité absolue reflète une conception particulière du droit de la consommation. Monsieur G. Raymond écrit très justement à cet égard que : « *Cette décision doit être reliée à l'opinion que l'on se fait du droit de la consommation qui, pour la Cour suprême, n'est pas un droit de régulation des marchés, mais un ensemble de règles protectrices du consommateur. Ce caractère relatif de*

---

[172] V. à propos des sanctions, J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, RTD. Civ. 1976, p. 66, section I, A.

[173] Art. L. 121-28 du Code de la consommation.

[174] Art. L. 121-29 du Code de la consommation.

[175] Pour le commanditaire, V. Cass. Crim., 19 novembre 1990 : *Dr. Pén.* 1991, comm. 82 – CA Paris, 13ème ch., A, 20 février 1995 : *Contrats conc. Consom.,* 1995, comm. 96 ; s'agissant d'un fournisseur, V. Cass. Crim., 21 septembre1994 : *JCP* E 1995, pan. 11.

[176] *Cf.* Cass. 1ère civ., 16 mars 1994 : *Contrats. Conc. Consom.,* 1994, comm. 152 ; la Cour refusait alors aux parties la confirmation d'un contrat sur le fondement de cette nullité absolue.

[177] *Cf.* Cass. 1ère civ., 28 novembre 1995 : *Contrats. Conc. Consom.,* 1996, comm. 34 – Confirmé en 2007, voyez Cass. 1ère civ., 2 octobre 2007 : *Contrats. Conc. Consom.,* 2008, comm. 29.

la nullité ne peut donc être que contesté »[178]. L'autre sanction civile susceptible d'être appliquée est la condamnation à des dommages-intérêts ; sanction classique de la responsabilité, les dommages-intérêts ont vocation à rétablir l'équilibre rompu par la faute du professionnel ayant entrainé un préjudice pour le consommateur.

2. Le désengagement dans le « droit spécial de la consommation ».

40. - **Rappels.** Nous avons expliqué plus haut[179] que certains démarchages échappaient au champ d'application des articles L. 121-21 et s. du Code de la consommation du fait de l'existence d'une réglementation spécifique. C'est le cas du démarchage bancaire et financier ; c'est également celui du démarchage en matière d'assurance. Il faut donc savoir si, au sein de ces dispositifs dérogatoires au « droit commun du démarchage », il existe toujours des règles qui permettent au consommateur démarché de changer d'avis, de se désengager. Autrement dit, le droit de renonciation est-il exclu de ces régimes spéciaux du démarchage ?

41. - **Désengagement et démarchage en matière d'assurance.** Il faut se référer à l'article L. 112-9 du Code des assurances pour avoir des précisions à ce sujet. Rappelons que ces règles spécifiques ne s'appliqueront pas lorsqu'il est question d'assurance sur la vie, d'assurance de voyage et de bagages ainsi que pour les assurances dont la durée n'excède pas un mois. Pour les autres contrats d'assurances proposés par démarchage, le client démarché aura, comme dans le « droit commun du démarchage », un délai pour changer d'avis. Cette faculté s'exerce dans un délai de quatorze jours (et plus sept) mais la faculté de renonciation est perdue dès lors que le démarché à *« connaissance d'un sinistre mettant en jeu la garantie du contrat* »[180]. Pour les assurances « bagages et voyages » et les assurances de moins d'un mois, le « droit commun du démarchage s'applique »[181]. S'agissant des contrats d'assurance sur la vie, le délai de renonciation prévu passe à trente jours. Ce gonflement du délai s'explique sans doute par le sérieux du sujet en cause : la vie humaine… On retrouve donc,

[178] V. G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 383.

[179] V. *supra,* en particulier les n° 22 et 23.

[180] *Cf.* L. 112-9, al. 3.

[181] *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 373.

dans ce « régime spécial » du démarchage, un droit de changer d'avis. La possibilité de se désengager n'est donc pas écartée par ce régime dérogatoire, elle est simplement modifiée.

42. - Désengagement et démarchage bancaire et financier. La situation est analogue à celle ci-dessus décrite[182]. Le dispositif de désengagement pour les démarchages bancaires et financiers figure à l'article L. 341-16 du Code monétaire et financier. Ce texte octroie au consommateur « *un droit de rétractation* », lequel peut être mis en œuvre pendant un délai de quatorze jours. Seule l'utilisation des produits ou services financiers, entre la date de conclusion du contrat et le jour où le démarché notifie au démarcheur sa volonté de se rétracter, peut donner lieu à indemnités. Les articles L. 211-1 et L. 321-1 du Code monétaire et financier posent des exceptions à cette règle. Donc encore une fois, le régime dérogatoire imaginé par le législateur pour les produits et services financiers contient également un dispositif de désengagement. Les modalités d'exercice changent mais la faculté de changer d'avis existe toujours, là réside le plus important dans le cadre de notre démonstration.

[182] V. B. Dondero, *Le nouveau régime du démarchage bancaire et financier : LPA* 14 novembre 2003, p. 39 ; H. Matsopoulo, *Le démarchage bancaire et financier : Rev. Dr. Banc. Et fin.* 2003, p. 379.

§ 2. Le désengagement en matière de contrats à distance

43. - **Propos introductifs.** Aristide Boucicaut, en 1867, propose le premier catalogue de vente par correspondance. Apparaît alors sous sa forme originaire, la vente par correspondance, ce que l'on appelle aussi le « *marketing direct* ». Cette technique a cependant, au fil des siècles, évolué en parallèle des progrès fait en matière de communication[183]. Avec l'apparition d'Internet, cette technique de vente est devenue couramment utilisée par les citoyens-consommateurs, si bien que le « e-commerce » est presque devenu le mode de transaction le plus courant. Aujourd'hui, il convient mieux de parler de contrats à distance.

44. - **Influence du droit communautaire.** Comme c'est souvent le cas en droit de la consommation, le droit communautaire joue un rôle majeur au sein des sources. La réglementation des ventes à distance n'échappe pas à l'attraction du droit de l'Union. D'abord, une directive a été adoptée par le Parlement et le Conseil de l'Union en 1997[184]. Cette directive a pénétré l'ordre juridique interne via l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001[185], laquelle a été ratifiée en 2006 par la loi du 31 mars n° 2006-387. La vente a distance est dorénavant réglementée aux articles L. 121-16 et s. du Code de la consommation. Précisons que le phénomène observé dans le cadre du démarchage se retrouve à l'identique s'agissant des contrats à distance : on retrouve une scission entre un droit commun des contrats à distance (A) et certains régimes spécialement applicables à tel ou tel contrat réalisé à distance (B).

[183] Les auteurs soulignent volontiers ces évolutions. Par exemple J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 95 ; V. encore G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 297.

[184] Dir. n° 97/7, 20 mai 1997 : JOCE n° L 144, 4 juin 1997, p. 19 ; sur cette directive, V. J. Raynard, *De l'influence communautaire et internationale sur le droit des contrats* : quand une directive réglemente les contrats à distance conclus avec les consommateurs, matière déjà amplement pourvue par le Code de la consommation : *RTD civ.,* 1997, p. 1015 ; M. Trochu, *La protection du consommateur en matière de contrat à distance* ; directive n° 97/7/CE du 20mai 1997 : *D.* 1999, *Chron.* p. 179.

[185] *Cf. JO* 25 août 2001, p. 13645.

A. Le désengagement dans le droit commun des contrats à distance

45. - Notion de contrats à distance et domaine d'application. C'est l'article L. 121-16 du Code de la consommation qui définie cette pratique commerciale : « *Les dispositions de la présente « sous-section » s'appliquent à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance. Toutefois, elles ne s'appliquent pas aux contrats portant sur des services financiers* ». Le premier critère est donc la « non présence » simultanée des parties au contrat. Monsieur G. Raymond parle même du « *critère fondamental du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relatives* »[186] aux contrats à distance. La seconde condition pour appliquer ce dispositif est l'utilisation de « communication à distance ». A cet égard, la directive n° 97/7/CE du 20 mai 1997 propose dans son annexe I une liste indicative et non exhaustive[187]. Le texte a par ailleurs vocation à s'appliquer aux relations entre professionnel et consommateur[188]. S'agissant de la question de savoir si le consommateur peut être, ou non, une personne morale, la directive est très claire et répond par la négative[189]. Les juridictions françaises n'ont pas toutes retenu la même acception du terme « consommateur » ; une Cour d'Appel a ainsi appliquer les articles L. 121-16 et suivants à une relation entre un professionnel et une association[190]. La Cour de cassation s'est toutefois alignée sur les prescriptions de la directive, par un arrêt rendu de 2009[191]. Pas de difficultés particulières à souligner concernant la définition et du domaine d'application des contrats à distance, mais à l'instar des règles régissant le démarchage, il existe en la matière des exceptions qui échappent à l'attraction de ce dispositif.

---

[186] *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 300.

[187] On trouve au sein de cette liste les imprimés non adressés et adressés ; les lettres standardisées ; les publicités presse avec bon de commande ; les catalogues ; les téléphones avec ou sans intervention humaine ; les radios ; les visiophones et les vidéotextes ; les courriers électroniques ; les télécopieurs et enfin ; la télévision.

[188] *Cf.* CA Rouen, 19 mai 2005, *Contrats. Conc. Consom.,* 2005, comm. 176 ; CA Poitiers, 9 septembre 2008 : *JurisData,* n° 2008-008284.

[189] V. directive du 20 mai 1997, annexe I, art. 2, 2).

[190] CA Aix-en-Provence, 30 avril 2008, *Contrats. Conc. Consom.,* 2008, comm. 262, note Raymond.

[191] Cass. 1ère civ., 2 avril 2009, *Contrats. Conc. Consom.,* 2009, comm. 182, note Raymond.

46. - **Exclusions.** Encore une fois, des exceptions ont été prévues. Il convient de rappeler à cet égard que l'article L. 121-16 du Code de la consommation exclut de son champ d'application les contrats qui portent sur des services financiers, lesquels relèvent de dispositions spécifiques[192]. D'autres exclusions sont prévues par l'article L. 121-17 du même Code ; il en est quatre pour être précis : en premier lieu les contrats « *conclus par le moyen de distributeurs automatiques ou pour des prestations fournies dans des locaux commerciaux automatisés* ». Ensuite les contrats « *conclus avec les opérateurs de télécommunications pour l'utilisation des cabines téléphoniques publiques* ». Également les contrats « *conclus pour la construction et la vente des biens immobiliers ou portant sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers, à l'exception de la location* ». Enfin les contrats « *conclus lors d'une vente aux enchères publiques* ». Pour tous les contrats susvisés, les règles qui régissent traditionnellement les contrats à distance ne s'appliqueront pas. Plus important encore pour ce qui nous concerne : le consommateur n'aura pas la possibilité de changer d'avis. Ce particularisme dérogatoire au droit commun de la consommation mais conforme au droit commun des contrats se retrouve dans deux autres types de contrats. C'est l'article L. 121-20-4 du Code de la consommation qui pose ces exclusions : « *Les contrats ayant pour objet la fourniture de biens de consommation courante réalisée au lieu d'habitation ou de travail du consommateur par des distributeurs faisant des tournées fréquentes et régulières* » ; « *Les contrats ayant pour objet la prestation de service d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée* »[193].

47. - **Autres exclusions.** Dans d'autres situations, c'est seulement le droit de rétractation qui est retiré au consommateur[194]. En effet, L. 121-20-2 retire au consommateur sa faculté de changer d'avis lorsqu'il a conclu un contrat portant : sur la « *fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs* » ; sur la « *fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuation des taux du marché financier* » ; sur la « *fourniture de biens confectionnés selon*

[192] V. *infra,* n° 50. - et s.

[193] Précisons que lorsque ces contrats sont conclus par voie électronique, l'exclusion ne joue plus. Par ailleurs, la Cour de justice des communautés européennes (ainsi nommée à l'époque) considère que le dispositif s'applique au contrat de location de voiture conclu par Internet, elle assimile dans cet arrêt ces locations à des prestations de transport… V. CJCE, 10 mars 2005 : *JCP* G 2005, II, 10069, note Zarka ; *Europe* 2005, comm. 179, note Idot ; *RJDA* 7/2005, n° 800.

[194] Mais les parties peuvent écarter cette règle en stipulant le contraire.

les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement » ; sur la « *fourniture d'enregistrement vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur* » ; sur la « *fourniture de journaux, de périodiques ou de magazines* » ; sur un « *service de paris ou de loteries autorisées* ».

48. - Formalisme imposé. On retrouve, en matière de contrats à distance, la nécessité d'un écrit comportant certaines mentions obligatoires. Sans surprise, « *l'existence d'un droit de rétractation et ses limites éventuelles ou, dans le cas où ce droit ne s'applique pas, l'absence d'un droit de rétractation* » fait partie de ces mentions impératives[195].

49. - Existence d'un droit de rétractation. Un droit de rétractation a été prévu par le législateur. La possibilité pour le consommateur de se désengager dans le cadre d'un contrat à distance figure à l'article L. 121-20 du Code de la consommation. Au terme de ce dernier : « *Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour* ». Le texte précise également que ce délai « *court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services* ». Le texte prévoit donc, comme nous venons de le voir, la faculté pour le consommateur de changer d'avis. Cette faculté, mise en œuvre de manière discrétionnaire[196], est enfermée dans un délai de sept jours[197]. Le texte fixe en revanche le point de départ du délai à un moment différent selon que le contrat est une vente ou une prestation de service. Ainsi donc, lorsque le contrat a pour objet le transfert de propriété d'un bien, le délai court dès la réception ; il court à compter de l'acceptation de l'offre lorsqu'il est question d'une prestation de service[198]. Par ailleurs, précisons qu'il est impossible de revenir sur la rétractation : « *rétractation sur rétractation ne vaut* »[199] ! Concernant les frais susceptibles d'être exigés par le vendeur, il faut rappeler que la faculté de rétractation est, en soi, gratuite dans sa mise en œuvre.

---

[195] *Cf.* L. 121-18, 4°.

[196] CA Rouen, 17 décembre 2008 : *Contrats. Conc. Consom.,* 2009, comm. 238, note Raymond.

[197] Il faut préciser que le manquement par le professionnel à son obligation d'informer le consommateur de l'existence du droit de rétractation est sanctionné par la prolongation du délai à trois mois.

[198] Cass. 1ère civ., 29 octobre 2002 :*Bull. civ.* I, n° 256*, Contrats. Conc. Consom.,* 2003, comm. 18, note Raymond ; *JCP* G 2002, IV, 2999 ; *RJDA 3/2003,* n° 329 ; *RTD com.* 2003, p. 357, note Bouloc.

[199] V. Cass. 3ème civ., 13 février 2008 : *JCP* E 2008, n° 2094, note Stoffel-Munck.

Toutefois, certains coûts peuvent, le cas échéant, peser sur le consommateur. S'agissant des frais d'expédition, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union retiennent une position différente. La première a jugé que le vendeur pouvait exiger ces frais[200], la seconde a retenu l'obligation pour le professionnel de rembourser ces mêmes frais[201]. Il est aussi envisageable, lorsque l'usage du bien par le consommateur viole les principes civilistes de bonne foi ou encore d'enrichissement sans cause, que ce consommateur soit tenu à des indemnités[202]. L'idée est que le consommateur doit pouvoir tester utilement la chose pour qu'il puisse exercer utilement son droit de rétractation.

B. Le désengagement prévu spécialement pour certains contrats à distance

50. - Le désengagement dans les contrats à distance portant sur des services financiers. Encore une fois, il est nécessaire de savoir si ces dispositifs spéciaux des contrats à distance octroient, ou non, une possibilité pour le consommateur, de changer d'avis. Un conflit de lois se réglera comme d'habitude par l'adage, « *specialia generalibus derogant* » ; en d'autres termes, le droit commun s'applique uniquement en l'absence de régime spécifique. Or, il existe un tel régime pour les contrats qui portent sur des services financiers. Précisons qu'au rebours des règles régissant le démarchage de services financiers, les règles spécifiques aux contrats à distance portant sur de tels services ont été insérées dans le Code de la consommation[203]. En effet, le Code, par ses articles L. 121-20-8 à L. 121-20-15, régit ce type de contrats.

51. - Précisions quant au domaine. Le régime spécifique s'appliquera : aux opérations relatives à la monnaie ; aux opérations relatives aux instruments financiers, soit des

[200] Cass. 1ère civ., 23 juin 1993 : *Contrats. Conc. Consom.,* 1993, comm. 2002 ; *Bull. civ.* 1993, I, n° 232 ; *RTD com.* 1994, p. 338, obs. Bouloc.

[201] CJUE, 15 avril 2010 : *Comm. Com. Electr.* 2010, comm. 125, note Stoffel-Munck ; *JCP* G 2010, 773, note Paisant ; *Contrats. Conc. Consom.,* 2010, comm. 195, note Raymond.

[202] CJCE, 3 septembre 2009 : *JCP* E 2009, 2168, note Rousset ; *JCP* G 2009, 459, note Paisant ; *Europe* 2009, comm. 436, note Idot ; *Comm. Com. Electr.* 2010, comm. 64, note Stoffel-Munck.

[203] Nous rappelons au lecteur que le régime du démarchage financier figure dans le Code monétaire et financier (art. L. 341-1 et s.).

opérations qui ont trait à la bourse, aux placements financiers à terme ; aux opérations bancaires ; aux souscriptions de rentes viagères et à l'acquisition de droits sur des biens mobiliers ou immobiliers ; aux contrats d'assurance (tant à l'assurance vie et qu'à l'assurance décès)[204].

52. - Exigences relatives à la forme. Comme c'était le cas pour le démarchage, le régime spécifique aux services financiers contient un dispositif de désengagement. Ici encore, le formalisme est de mise, tout comme l'exigence de mentions obligatoires ; parmi elles l'existence du droit de rétractation ainsi que les modalités de sa mise en œuvre[205]. Nous allons ainsi retrouver un droit de rétractation, qui sera toutefois écarté lorsque le contrat : porte sur la fourniture d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier ainsi qu'aux services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à l'article L. 321-1 du même Code ; a déjà été intégralement exécuté par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation ; est un contrat de crédit immobilier définis à l'article L. 312-2 ; est un contrat de prêt viager hypothécaire défini à l'article L. 314-1 ; est un contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé.

53. - Consécration d'un droit de rétractation. En dehors des hypothèses ci-dessus évoquées, le consommateur aura la faculté de changer d'avis comme le dispose l'article L. 121-20-12 du Code de la consommation. Quelles sont donc les modalités d'exercice de cette faculté offerte au consommateur ? Lorsqu'il n'est pas question d'un des contrats susvisés, « *le consommateur dispose de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités* ». Ce délai est donc plus long que le délai « de droit commun » ; de plus, il se calcule en jours calendaires, non en jours francs. Le texte précise également que le délai commence à courir le jour de la conclusion du contrat sauf si le consommateur reçoit les conditions contractuelles postérieurement, auquel cas le délai court au jour de la réception de ces informations. Autre élément important : le délai n'est pas d'ordre public puisque le consommateur peut y

[204] Néanmoins, les précisions prévues par l'article L. 112-2-1 du Code des assurances s'appliqueront.

[205] Cela au terme de l'article L.121-20-10, 4°.

renoncer, notamment en demandant l'exécution immédiate du contrat[206]. Les règles « classiques » du droit de rétractation se retrouvent (caractère discrétionnaire et gratuit[207]).

54. - Cas spécifique des crédits affectés. Les crédits affectés conclus à distance constituent un cas particulier. Un droit de rétractation a été prévu lorsqu'un consommateur est l'une des parties au contrat[208]. Mais le délai de quatorze jours ne peut en aucun être réduit. La rétractation doit s'exercer dans les sept jours à compter de la conclusion du contrat de crédit pour emporter résolution du contrat principal. Par surcroît, si le consommateur demande expressément l'exécution du contrat principal, alors la rétractation n'emporte résolution de ce contrat que si elle est exercée dans les trois jours à partir de la conclusion du contrat de crédit.

55. - Le contrat électronique. Nous serons bref à ce sujet. La raison essentielle en est que le contrat électronique[209], s'agissant du désengagement, relève du régime général des contrats à distance. Ainsi, le droit de rétractation prévu à l'article L. 121-20 du Code de la consommation profite également au consommateur qui conclue un contrat à distance par voie électronique[210]. Mais rappelons que l'article L. 121-20-4, al. 2 exclut du dispositif les prestations de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs fournis à une date ou périodicité déterminée.

---

[206] Selon l'art. L. 121-20-13.

[207] Sauf si le consommateur demande un commencement d'exécution, auquel cas il sera tenu au paiement du service pendant le temps où il en a profité.

[208] Art. L. 121-20-12, IV du Code de la consommation.

[209] Sur le contrat électronique en général, V. entre autre J. Passa, *Commerce électronique et protection du consommateur, D.* 2002, p. 555 ; également A. Penneau, *Contrat électronique et protection du cybercontractant, du Code de la consommation au Code civil, LPA.* 13 mai 2004, n° 93, p. 3.

[210] Précisons néanmoins que le régime du démarchage aura vocation à s'appliquer si le consommateur a été sollicité via internet.

Section 2
La possibilité de se désengager dans des contrats de consommation spécifiques

56. - Généralités. Le législateur, comme nous venons de le voir, s'est intéressé aux évolutions des techniques de vente, notamment en organisant des règles spécifiques pour le démarchage et les contrats à distance. Mais son champ d'action est bien plus large[211]. D'autres contrats intéressent le consommateur, et en tant que tels, ils n'ont pas échappé à l'attraction du droit de la consommation. Rappelons aussi le projet global de ce titre, à savoir la démonstration d'un droit de la consommation qui gravite autour de l'idée de désengagement contractuel, qui organise par principe un droit de changer d'avis, en somme d'un droit du désengagement. Cela dit, l'objectif reste le même : il nous faut partir à la recherche de ces dispositifs qui prévoient un mécanisme de désengagement à la faveur des consommateurs. Pour ce faire, il nous a paru pertinent de distinguer deux choses : il y a des contrats de consommation qui répondent à des besoins du consommateur, il en est d'autres qui permettent de financer ces opérations. Pour cette raison, nous travaillerons successivement sur le désengagement en matière de crédit (§1), puis sur le désengagement dans les contrats qu'il permet de conclure (§2).

[211] Le droit de la consommation tend à devenir une des branches du droit les plus importantes de nos sociétés de marché. La raison en est que le citoyen est aujourd'hui un citoyen-consommateur. Ce droit ne cesse d'étendre son domaine d'influence.

§ 1. Le désengagement en matière de crédit à la consommation

57. - Précisions méthodologiques. Comme la tradition l'exige, nous proposons de revenir dans un premier temps sur la notion de crédit. Il faut, comme toujours, savoir de quoi l'on parle avant d'entrer dans des considérations plus techniques. Ainsi, des développements seront consacrés au crédit en général (A). Nous verrons par suite comment, en ce domaine, le législateur a techniquement organisé la possibilité pour le consommateur de changer d'avis (B).

A. Approche globale du crédit à la consommation

58. - Éléments d'histoire. Le recours au crédit s'est démocratisé dans les années 1960-1970[212]. Il est possible d'aller plus loin ; c'est par exemple le cas du professeur Chessel qui parle d'une « *bancarisation en masse* » de la société entrainant une augmentation significative du recours au crédit[213]. Mais la technique du crédit n'est pas toujours allée de soi ; loin s'en faut. Pendant très longtemps, on incitait plutôt les gens à économiser[214]. Les mentalités ont depuis lors bien changé et il est devenu courant aujourd'hui d'emprunter pour consommer. Monsieur G. Raymond souligne cette idée selon laquelle le crédit est « *facteur d'enrichissement, de croissance et source d'enrichissement* »[215]. Le crédit, s'il explose dans les années 1960-1970, apparaît sous sa forme contemporaine dès le 19ème siècle, mais il s'agit

[212] V. par exemple G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 550 ; également S. Piedelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 297 ; enfin Y. Auguet, *Droit de la consommation, op. cit.,* p. 277 et s. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point, V. *infra,* n° 162. - et s.

[213] *Cf.* M.-E. Chessel, *Histoire de la consommation,* La découverte, 2012, p. 36.

[214] Thomas d'Aquin, les théologiens et la religion en général n'a jamais admis « moralement » cette pratique, considérée comme injuste ; l'injustice résidant en le fait de « *faire payer ce qui n'existe* pas » (Thomas d'Aquin, *Somme théologique,* IIa, Question 78). Rappelons aussi la célèbre formule de Guizot : « *Enrichissez-vous par le travail et par l'épargne !* ». V. sur les propos de M.-E. Chessel, *op. cit.,* p. 35 : « *alors que les réformateurs du 19ème siècle condamnait le crédit chez les ouvriers et leur conseillaient plutôt d'épargner, au 20ème siècle, les élites valorisent le crédit chez les classes populaires, notamment pour l'immobilier* ».

[215] *Cf.* G. Raymond, *Ibid.* ; dans le même esprit, MM J. Calais-Auloy et H. Temple écrivent que le crédit « *constitue l'un des moteurs les plus puissant de la consommation en masse* », *Cf. Droit de la consommation, op. cit.*, n° 327.

surtout de crédit direct octroyé par le vendeur[216]. Il n'y a donc pas à l'époque, d'institutions structurées pour proposer de telles offres. Cela change dans la seconde moitié du 20ème siècle, et s'explique par la création, à cette époque, de nombreux organismes financiers : la Société financière industrielle et commerciale (Sofinco) est crée en 1950, la Compagnie pour le financement des équipements électroménagers (Cetelem) en 1953 et, trente ans plus tard (en 1982) est fondée la Compagnie financière de distribution (Cofidis). En somme, il faut plusieurs décennies pour que l'offre en matière de crédit soit réellement structurée et qu'elle soutienne la consommation en masse.

59. - Focus sur le crédit à la consommation. Les prêts octroyés aux consommateurs existent sous deux formes dans le Code de la consommation : soit il s'agit d'un crédit à la consommation, soit il s'agit d'un crédit immobilier. Les développements qui suivent auront trait uniquement au crédit à la consommation ; pour la simple raison que seule cette catégorie de crédit offre à voir un dispositif de désengagement, un droit de changer d'avis[217]. Des développements généraux sur la notion de crédit à la consommation ouvriront la voie (1). De tels développements permettront de cerner mieux le domaine d'application des règles du crédit la consommation (2).

1. Notion de crédit à la consommation

60. - Définition. Le terme crédit connaît plusieurs acceptions ; nous parlons quant à nous d'un « *soutien financier* », de « *l'opération par laquelle une personne (généralement un banquier) met ou fait mettre une somme d'argent à la disposition d'une autre personne en raison de la confiance qu'elle lui fait* »[218]. Si nous parlons bien, donc, d'une mise à disposition de fonds, nous relativisons volontiers la dernière assertion de cette définition :

[216] V. M.-E. Chessel, *Ibid.* : « *Les grands magasins tels que Dufayel ou la Samaritaine proposent des crédits dès la fin du 19ème siècle. […] Mais le crédit direct du commerçant au consommateur reste dominant dans l'entre-deux-guerres en France* ».

[217] Nous reviendrons plus en détail sur ce point lorsque nous étudierons la question du désengagement en matière de logement du consommateur. V. *infra,* n° 74. - et s.

[218] Pour cette définition, voyez Cornu G., Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique,* PUF, 7ème éd. « Quadrige », 2006, V°, p. 249-250.

« *en raison de la confiance qu'elle lui fait* ». En effet, il nous semble que la raison principale de cette mise à disposition est avant tout la recherche d'un gain, d'un profit.

61. - Intérêts du crédit. L'opération de crédit présente des avantages autant pour l'emprunteur que pour le prêteur ; elle présente corrélativement des risques pour ces mêmes personnes[219]. Celui qui prête pourrait ne jamais être remboursé, ce qui renvoi à la question des sûretés[220]. Mais le consommateur qui emprunte risque le surendettement, ce qui le conduira, le cas échéant, à des procédures spécifiques qui relèvent presque d'une discipline à part : le surendettement des particuliers. Aussi, l'octroi de crédits appelle certaines précautions.

62. - Vigilance et crédit à la consommation. Selon un proverbe que personne n'ignore, « Mieux vaut prévenir que guérir » ! Inspiré par cette philosophie, le législateur est intervenu et impose aux établissements de crédits une grande vigilance. La Cour de cassation estime que ces derniers sont tenus de mettre en garde les consommateurs contre les dangers de l'emprunt[221]. L'article L. 311-8 du Code de la consommation dispose en ce sens que : « *Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur* ». La question de la solvabilité de l'emprunteur apparaît donc comme essentielle dans le droit du crédit.

---

[219] Ce constat ressort de la lecture de tous les ouvrages consacrés au droit de la consommation, et plus précisément au crédit. V. entre autre J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 327.

[220] Classiquement, nous retrouvons le recours à des sûretés réelles ainsi qu'à des sûretés personnelles. Mais une étude à ce propos est trop en marge de notre sujet. Pour une telle étude, *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 575 à 583.

[221] Cass. 1ère civ., 26 septembre 2006 : *JurisData* n° 2006-035194 ; *Contrats. Conc. Consom.* 2006, comm. 253 – Cass. 1ère civ., 12 juillet 2006 : *Bull. civ.*2006, I, n° 397 et 398 ; *Contrats. Conc. Consom.* 2007, comm. 38 – Cass. 1ère civ., 30 octobre 2007 : *D.* 2008, p. 256, note Bazin – Cass. 1ère civ., 18 février 2009 : *D.* 2009, p. 1179, note Lasserre Capdeville – Cass. 1ère civ., 25 juin 2009 : *JurisData* n° 2009-048983 ; *Contrats. Conc. Consom.* 2009, comm. 300 – TI Annecy, 26 janvier 2009 : *Contrats. Conc. Consom.* 2009, comm. 87.

63. - Influence du droit communautaire. Trois directives importantes doivent être citées du fait qu'elle ont toutes participé à la réglementation en la matière : la directive n° 87/102/CEE du 22 décembre 1986[222] pour un rapprochement de la réglementation des différents États membres en matière de crédit à la consommation, modifiée depuis par la directive n° 90/88/CEE du 22 février 1990[223]. Plus récemment a été adoptée la directive n° 2008-48/CE du 23 avril 2008 ; cette directive a été transposée par la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010. Au plan interne, les règles relatives au crédit à la consommation trouvent leur origine dans une loi du 10 janvier 1978 (la loi n° 78-22). Le dispositif qui régit la matière figure désormais aux articles L. 311-1 à L. 311-37 du Code de la consommation et il est complété par des dispositions réglementaires[224].

64. - Quelques précisions. L'article L. 311-1 du Code de la consommation donne un certain nombre de définitions. L'emprunteur doit être une personne physique agissant à des fins non commerciales. Des précisions sont apportées par le 4° de cet article s'agissant de ce qu'il faut entendre par « opération ou contrat de crédit » : il s'agit d' « *une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture* ». Le contrat de crédit peut donc se faire sous la forme classique que nous lui connaissons : un prêt d'argent[225]. Mais certains contrats, de part leur nature, pourront être considérés comme des opérations de crédit. Tel est le cas des ventes à crédit et des ventes à tempérament ; il en va de même pour les contrats de location-vente et de location avec option d'achat[226].

---

[222] *Cf. JOCE* n° L 42/48, 12 février 1987

[223] V. *JOCE* n° L 61/14, 10 mars 1990

[224] Lesquelles figurent aux articles R. 311-4 à R. 311-9 du Code de la consommation, ainsi qu'aux articles D. 311-1, D. 311-3, D. 311-10 et D. 311-13 du même Code.

[225] Le prêt peut également se faire sous plusieurs formes : un prêt personnel, un découvert ou encore un crédit renouvelable. S'agissant des derniers, nous pouvons ajouter qu'on a longtemps parlé de crédit revolving ou de crédit permanent ; le Code de la consommation a exclu ces appellations.

[226] On parle parfois de *leasing* ou de LOA.

2. Sphère d'influence des règles régissant le crédit à la consommation

65. - **Inclusions, exclusions.** Nous serons bref, mais l'idée est toujours la même : le législateur délimite le champ d'application du dispositif positivement et il ajoute comme c'est très souvent le cas des exclusions particulières, qui font l'objet de dispositions spéciales.

66. - **Positivement**. L'article L. 311-2 dispose que « *Le présent chapitre s'applique à toute opération de crédit mentionnée au 4° de l'article L. 311-1, qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit et, le cas échéant, à son cautionnement. Pour l'application du présent chapitre, la location-vente et la location avec option d'achat sont assimilées à des opérations de crédit. Les opérations de prêts sur gage corporel souscrits auprès des caisses de crédit municipal en application de l'article L. 514-1 du code monétaire et financier sont soumises aux dispositions des articles L. 311-4 et L. 311-5. Un décret fixe le contenu des informations que les caisses mentionnées à l'alinéa précédent doivent mettre à la disposition de leur clientèle préalablement à l'octroi de ce prêt, les conditions dans lesquelles ces informations sont portées à la connaissance du public et les mentions obligatoires devant figurer dans les contrats de crédit* ». Le premier critère a trait aux contrats dont il est question. Seuls les contrats mentionnés à l'article L. 311-1, 4° du Code seront soumis au régime. L'autre condition réside en l'exigence d'une relation entre un professionnel et un consommateur tels qu'ils sont définis à l'article L. 311-1 du Code de la consommation.

67. - **Négativement.** Un certain nombre d'opérations, bien que réalisées entre un professionnel et un consommateur, échappent au champ d'attraction du dispositif. Ces exclusions figurent, rappelons le, à l'article L. 311-3 du Code de la consommation ; dix exclusions en tout : 1° Le crédit en matière immobilière ; 2° Les crédits inférieurs à 200 euros ou supérieur à 75000 euros ; 3° Les opérations faites sous forme de découvert autorisé remboursable dans le mois ; 4° Les crédits gratuits remboursables sous trois mois maximum ; 5° Les opérations visées à l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier[227] ; 6° Les

[227] Le législateur rejette l'application du dispositif les crédits réalisés par des entreprises à leurs salariés, sous forme d'avances sur salaires ; en somme, des crédits à caractère social.

opérations visées au 2 de L. 321-2 du même Code[228] ; 7° Les contrats reprenant un accord intervenu en justice ; 8° Les contrats qui résultent d'un plan conventionnel de redressement conclu devant la commission de surendettement ; 9° Les accords portant sur des délais de paiement accordés pour le règlement amiable d'une dette existante ; 10° Les cartes proposant un débit différé n'excédant pas quarante jours. En dehors de tous ces contrats expressément exclus du dispositif, le consommateur va bénéficier d'une faculté lui permettant de changer d'avis, de se désengager.

B. Le dispositif technique relatif au désengagement en matière de crédit à la consommation

68. - L'efficacité du désengagement favorisée par l'information du consommateur. Le droit de la consommation prévoit toujours une obligation d'information qui pèse sur le professionnel. Ce dernier doit apporter au consommateur tous les renseignements nécessaires à sa prise de décision. Aussi, cette obligation est très souvent rattachée à l'exigence d'un consentement sain et éclairé, nous y reviendrons. En matière de crédit à la consommation, l'article L. 311-6 du Code de la consommation est le siège le cette obligation [229] : « *Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement* ». Précisons également que l'existence du droit de rétractation fait partie des mentions obligatoires[230].

[228] Il s'agit des emprunts contractés dans le but de réaliser des opérations financières, des transactions portant sur un instrument financier ou le financement d'un investissement à caractère financier.

[229] D'ailleurs, nous nous situons dans une section III justement relative à « *l'information précontractuelle de l'emprunteur* »

[230] La liste de ces mentions obligatoires figure à l'article R. 311-3 du Code de la consommation. L'obligation du prêteur d'informer l'emprunteur sur l'existence du droit de rétractation figure au 17° sur une liste de 21 mentions obligatoires.

69. - **Prévention.** Le législateur est allé par delà la simple obligation d'informer le consommateur sur le contenu du contrat projeté. Pour preuve, la section IV est consacrée aux « *explications fournies à l'emprunteur et évaluation de sa solvabilité* ». Sensible aux risques générés par le crédit, le législateur impose une évaluation de la solvabilité. L'article L. 311-8 parle d'un contrat adapté aux besoins du consommateur, et surtout adapté à sa situation financière ! Il faut, toujours selon ce même texte, que le professionnel attire l'attention du consommateur sur les conséquences du crédit. Il est donc question de prévenir le surendettement qui comme nous l'avons vu constitue le risque majeur lié au crédit[231].

70. - **Formalisme.** La section cinq a été consacrée à la question de la formation du contrat de crédit à la consommation. Il faut noter que nous sommes en présence d'un contrat formel, devant être établie par écrit ou sur un autre support durable, tout cela au terme de l'article L. 311-11 du Code de la consommation. Le législateur utilise ici une technique à laquelle très souvent il a eu recours[232] ; il consolide ainsi l'obligation d'information qui a préalablement prévu.

71. - **Le droit de rétractation.** Nous revenons au point essentiel des notre étude : la question du désengagement en droit des contrats. L'article L. 311-12 du Code de la consommation nous apporte les premières précisions : « *L'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 311-18. Afin de permettre l'exercice de ce droit de rétractation, un formulaire détachable est joint à son exemplaire du contrat de crédit. L'exercice par l'emprunteur de son droit de rétractation ne peut donner lieu à enregistrement sur un fichier. En cas d'exercice de son droit de rétractation, l'emprunteur n'est plus tenu par le contrat de service accessoire au contrat de crédit* ». Nous retrouvons la mécanique classique du droit de changer d'avis avec des modalités particulières : ce droit peut être exercé par le consommateur dans un délai de quatorze jours calendaires, il court à compter du jour de l'acceptation de l'offre. Le professionnel doit encore une fois fournir au consommateur un formulaire détachable qui

[231] Nous avons déjà évoqué cette question, V. *supra,* n° 51.

[232] Les exigences relatives à la forme des contrats se retrouvent dans tout le droit de la consommation, comme nous avons pu nous en rendre compte s'agissant du démarchage (V. *supra,* n° 24) et des contrats à distance (V. *supra,* n° 37).

facilitera l'exercice éventuel de son droit de rétractation. Une autre disposition importante doit être évoquée, elle figure à l'article L. 311-35 du Code. La règle permet de réduire le délai de rétractation à trois jours lorsque le consommateur-emprunteur a demandé la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation des services. Pour que la réduction du délai soit valable, il est impératif que le consommateur en fasse expressément la demande, par écrit daté et signé de sa propre main[233]. Ainsi, en matière de crédit à la consommation, le consommateur dispose de la faculté de changer d'avis. N'oublions pas, pour finir, que le contrat de crédit à la consommation est un contrat accessoire, arrimé à un contrat principal. Lorsque le consommateur se rétracte en bonne et due forme, le contrat de crédit est anéanti, et, par l'application de l'adage *accessorio sequitur principale* : le contrat principal sera caduc. Le consommateur ne sera donc plus tenu à rien, ni envers le prêteur, ni envers le vendeur ou prestataire de service.

72. - Interdiction d'exécution. Précisons que l'article L. 311-14 du Code de la consommation dispose que pendant un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat, aucun paiement ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur. La réciproque est vraie : le consommateur ne peut faire aucun dépôt au profit du prêteur. En matière de crédit donc, le mécanisme combine différentes techniques déjà rencontrées. Le particularisme tient en ce que le délai commence avec une interdiction d'exécution, interdiction qui s'éteint alors même que le consommateur peut toujours changer d'avis. Nous reviendrons sur ce point dans l'étude du discours, et nous verrons qu'il revêt plus d'importance qu'il n'y paraît.

[233] A défaut de cette mention manuscrite, le délai de quatorze jours s'applique. V. Cass. 1ère civ., 19 mai 1992 : *Contrats. Conc. Consom.* 1992, n° 189, obs. Leveneur – Cass. 1ère civ., 31 mai 1988 : *JCP* G 1988, IV, 277 ; *Bull. civ.* 1988, I, n° 166 ; *D.* 1988, somm. p. 405, obs. Aubert – CA Chambéry, 10 février 1998 : *JCP* G 1998, IV, 2825.

§ 2. Le désengagement dans les contrats spécifiques intéressants les consommateurs

73. - Les contrats en question. Le consommateur dispose de la faculté de changer d'avis dans plusieurs contrats de consommation spécialement réglementés par le législateur. La question se pose alors de savoir quels sont ces contrats qui intéressent les consommateurs ? Il nous semble que deux points peuvent être dégagés. Le problème du logement est devenu central dans les débats actuels, aussi nous consacrerons les premiers développements aux contrats qui portent sur le logement du consommateur[234] (A). Par ailleurs, les professionnels proposent dans la société actuelle de nombreux services, dont beaucoup sont nouveaux. Certains de ces contrats ont fait l'objet d'une réglementation spéciale, octroyant au consommateur la faculté de changer d'avis. Nous reviendrons ainsi sur ces contrats de prestations de services spécialement réglementés (B).

A. Le désengagement dans les contrats intéressants le logement du consommateur

74. - Première approche. On sait à quel point la question du logement est devenue sensible dans la société actuelle ; on parle d'ailleurs volontiers de « crise du logement ». L'accès à la propriété est devenu un objectif de vie crucial pour tous les citoyens : il faut devenir propriétaire, et à n'importe quel prix ! Les gens ne jurent plus que par cela : être propriétaire de leur logement. Par ailleurs, les émissions de télévisions centrées sur la question du logement sont devenues très à la mode et surtout, nombreuses[235]. Tout cela montre que l'habitat à une place centrale dans les considérations des consommateurs, s'intéresser à cette question présente donc une grande utilité.

[234] Il convient de préciser que dans ce cas précis, le contrat ne met pas forcément en lien un professionnel et un consommateur. Pourtant, les contrats relatifs au logement intéressent tellement le consommateur qu'une étude détaillée leur est consacrée dans tous les ouvrages du droit de la consommation. V. par exemple Y. Auguet, *Droit de la consommation, op. cit.,* p. 203 et s. ; également J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 380 et s.

[235] « *D&Co* » ; « *Maison à vendre* » ; « *Cherche appartement ou maison* » ou « *Tous ensemble* » ; TF1 et M6 sont là pour vous aider à décorer votre maison, à la vendre, à en acheter une, etc.

75. - **Solutions envisageables pour se loger.** Plusieurs options sont envisageables. Les contrats par lesquels les consommateurs accèdent au logement sont divers, et souvent, conclus avec des professionnels de l'immobilier[236]. Mais beaucoup de contrats sont directement conclus avec des particuliers. Pourtant, le dispositif permettant au consommateur de se « désengager » n'est pas pour autant écarté, comme nous le verrons. L'étude la plus importante à mener concerne les contrats par lesquels le consommateur achète un logement. La raison en est que lorsqu'il s'agit d'une location à usage d'habitation, le consommateur est privé de sa faculté de changer d'avis[237].

76. - **Plan.** Il est nécessaire d'analyser les règles qui s'appliquent lorsque le consommateur achète un logement déjà construit. Mais il est aussi possible d'acheter un logement qui ne l'est pas encore. Le droit de changer d'avis existe dans les deux cas (1). Par ailleurs, on observe aujourd'hui la propagation d'un phénomène nouveau, communément appelé « multipropriété » ou « *time-share* ». Nous évoquerons, en dernier lieu et assez brièvement, les règles qui régissent ces contrats atypiques (2).

1. Achat d'un logement et possibilité de revenir sur son engagement

77. - **Le recours aux contrats préparatoires.** S'agissant des ventes d'immeubles, il faut préciser qu'en pratique les parties auront souvent recours à un contrat préliminaire : la promesse de contrat. Ajoutons que lorsqu'il est question du transfert d'un bien immobilier, la promesse de contrat sera de nature synallagmatique ; les profanes parlent souvent d'un compromis de vente, à tort, il faut croire[238]. L'utilité de ces contrats préparatoires réside en le fait qu'ils permettent de « *donner du temps aux parties pour gérer toues les démarches*

[236] Pour des précisions sur la profession d'agent immobilier, V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 385, 386 et 387

[237] En tous les cas, il ne dispose pas d'une faculté de rétractation à proprement parler. Néanmoins, le consommateur, dans ce type de contrat, voit compensé l'absence de droit de rétractation par les conditions relativement souples qui lui permettent de résilier son contrat.

[238] En ce sens, J. Calais-Auloy et H. Temple affirment que : « *ce contrat, très important tant dans sa fréquence que dans sa portée, est souvent, à tort, appelé compromis, ce qui masque le fait qu'il s'agit d'une vente conclue, certes, sous conditions, mais qui engagera automatiquement les parties lorsque les conditions sont réunies* » ; V. *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 388-1.

juridiques à accomplir (extraits hypothécaires, prêts immobiliers, garanties hypothécaires, ventes d'un autre bien par l'une des parties, expertises techniques, contraintes d'urbanisme, résiliation de baux en cours, sans même parler du déménagement »[239]. Sont également très souvent introduites dans ces promesses de contrats des conditions suspensives ; le plus souvent, la condition réside en l'obtention d'un prêt bancaire. Mais nous revenons au sujet qui intéresse notre étude, à savoir le problème du désengagement en droit des contrats. Or, en matière de vente d'immeuble construit, le dispositif légal prévoit en faveur du consommateur la possibilité de changer d'avis.

78. - Possibilité offerte au consommateur de se rétracter. Cette faculté offerte au consommateur siège à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation[240]. Au terme de cet article : « *Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte. Cet acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes. Lorsque l'acte est conclu par l'intermédiaire d'un professionnel ayant reçu mandat pour prêter son concours à la vente, cet acte peut être remis directement au bénéficiaire du droit de rétractation. Dans ce cas, le délai de rétractation court à compter du lendemain de la remise de l'acte, qui doit être attestée selon des modalités fixées par décret. Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, les dispositions figurant aux trois alinéas précédents ne s'appliquent qu'à ce contrat ou à cette promesse. Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est dressé en la forme authentique et n'est pas précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, l'acquéreur non professionnel dispose d'un délai de réflexion de sept jours à compter de la notification ou de la remise du projet d'acte selon les mêmes modalités que*

[239] *Cf. Ibid.*

[240] Précisons que la règle est issue de la loi SRU du 13 décembre 2000, modifiée par la loi 872 du 13 juillet 2006

celles prévues pour le délai de rétractation mentionné aux premier et troisième alinéas. En aucun cas l'acte authentique ne peut être signé pendant ce délai de sept jours ».

79. - **Remarques.** Cet article donne donc d'abord des précisions quant à son domaine d'application. Ce dernier n'a cessé de gonfler, il concerne aujourd'hui tous les actes d'acquisition et surtout, il ne distingue plus selon que le vendeur est un professionnel, ou non[241]. Le consommateur pourra donc changer d'avis dans un délai de sept jours à compter du lendemain du jour où la notification de l'acte lui est faite. Parallélisme des formes oblige, la faculté de rétractation s'exerce dans les mêmes conditions que la notification[242]. Le législateur tient également compte de la pratique, répandue nous l'avons dit et qui consiste à la conclusion du promesse de vente avant la conclusion de l'acte définitif[243]. Le législateur octroie de la sorte au consommateur le droit de changer d'avis seulement dans le cadre du contrat préparatoire. L'acquéreur ne pourra donc plus se rétracter une fois l'acte définitif signé. Enfin, si le consommateur semble pouvoir revenir sur son engagement dans les cas vus ci-dessus, le législateur lui interdit de signé l'acte définitif pendant un délai de sept jours lorsque cet acte n'a pas été précédé d'un avant contrat. Nous retrouvons donc les éléments essentiels de tous les droits de changer d'avis que nous avons exposés jusqu'à maintenant : une faculté dont la mise en œuvre est gratuite, qui efface les effets passés et à venir de la convention, etc. A nouveau donc, le législateur octroie un droit de changer d'avis dans le cadre de contrats qui concernent tous les consommateurs. Cela commence à faire beaucoup de contrats concernés par des dispositifs permettant aux consommateurs de changer d'avis. Et c'est loin d'être fini ! Nous présentons dès maintenant un autre contrat portant sur un immeuble, de plus en plus courant, et dont le contenu donne à voir un droit de changer d'avis : il s'agit du contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé.

---

[241] MM J. Calais-Auloy et H. Temple écrivent que : *« Le champ de cette protection n'a cessé de s'étendre […] ; désormais cette protection bénéficie, quelle que soit l'hypothèse, que le vendeur soit professionnel ou non, et que le contrat soit d'acquisition soit un acte sous-seing privé ou l'acte notarié définitif »*, *Cf. Droit de la consommation, op. cit.,* n° 388-2.

[242] Précisons que c'est la date d'émission de la notification de rétractation dont les juges tiennent compte pour savoir si l'acheteur s'est rétracté dans les délais ; sur ce point, V. J. Calais-Auloy et H. Temple, V. *Ibid.*

[243] V. *supra,* n° 66

2. Le désengagement dans les contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé

80. - Généralités. Le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé connaît un succès notable dans l'immobilier de loisirs[244]. Régi par les articles L. 121-60 et s. du Code de la consommation, ce contrat présente des avantages variables pour le consommateur. D'abord il lui évite le souci de devoir chaque année prévoir des locations pour les vacances. De plus, il est accessible aux moins fortunés qui ne peuvent se payer une résidence secondaire. En somme, le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé assure au consommateur des vacances à moindre coût. Mais le professionnel y trouve aussi son compte puisqu'il reçoit dès la conclusion du contrat le paiement total du prix correspondant aux périodes de jouissance. Cet acte juridique est particulier : les consommateurs vont partager la jouissance du bien, pendant différente période de l'année[245]. Mais il ne se confond pas pour autant avec les locations saisonnières classiques puisque l'acte dont il est question porte sur plusieurs années. Il présente enfin l'avantage pour le consommateur de pouvoir changer de lieu de vacances : le consommateur ne sera ainsi pas condamné à des vacances trop répétitives…

81. - Les mentions obligatoires. Nous nous sommes habitués à l'exigence d'un écrit lorsqu'il est question d'un contrat de consommation. L'écrit assure en effet une meilleure compréhension par le consommateur de ce à quoi il s'engage. A cet égard, le législateur impose aux professionnels de faire figurer dans l'acte certaines informations[246]. Parmi ces mentions obligatoires figure évidemment « *la durée du droit de rétractation, ses modalités d'exercice et ses effets* », conformément à l'article L. 121-63, 8° du Code. Par surcroît, le professionnel doit attirer l'attention du consommateur sur l'existence et la durée de son droit de rétractation, ainsi que sur l'interdiction des paiements qui joue pendant toute la durée du délai dont il dispose pour se rétracter ; cette disposition siège à l'article L. 121-67,

[244] *Cf.* J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 471

[245] Ce contrat est donc différent d'un bail portant sur une résidence secondaire ou sur l'acquisition d'une telle résidence puisque tous les deux impliquent une jouissance exclusive du bien. Ce partage du bien justifie que l'on parle, dans le langage courant, de « *time-share* » ou encore de multi-propriété.

[246] Là encore, nous retrouvons quelque chose qui existe dans tous les contrats que nous avons étudiés, que ce soit en matière de démarchage, de contrat à distance, etc. En droit commun de la consommation donc, le formalisme est le principe !

al. 3 du Code de la consommation. L'article qui suit précise, dans son 5°, que le contrat doit comprendre « *un formulaire de rétractation distinct du contrat, conforme à un modèle déterminé par arrêté* ». Ce même texte impose la signature du consommateur sur chacune des pages relatives au droit de rétractation et à l'interdiction des paiements pendant toute la durée du délai ; ce qui renforce l'efficacité du dispositif.

82. - Dispositif de désengagement. C'est l'article L. 121-69 qui prévoit cette faculté au bénéfice du consommateur. Le délai fixé est de quatorze jours francs et il commence à courir le jour de la conclusion du contrat ou au jour de sa réception si les deux dates différent. Comme toujours, cette faculté s'exerce gratuitement ; le professionnel ne peut exiger ni frais, ni indemnité du fait de l'exercice du droit de rétractation[247]. Ce délai est prolongé à un an et quatorze jours dans le cas où le professionnel ne remplit pas son obligation de fournir un formulaire de rétractation[248] ; dès lors que le professionnel fournit ce document au consommateur dans l'année qui suit la conclusion du contrat, le délai court dès réception par le consommateur dudit document. Les choses sont différentes lorsque le professionnel n'a pas fait figurer les mentions obligatoires évoquées plus haut : le délai est prolongé, non pas à un an, mais à trois à compter de la conclusion ou de la réception du contrat. Le délai de quatorze jours s'applique à partir du jour où le professionnel répare son manquement et informe le consommateur correctement (c'est à dire conformément aux articles L. 121-63 et L. 121-64 du Code de la consommation)[249]. Rappelons l'interdiction pour le professionnel de recevoir paiement, sous quelque forme que ce soit, avant l'expiration du délai de rétractation offert au consommateur[250]. Il nous est précisé en dernier lieu que ces dispositions sont d'ordre public et que le non-respect de ces dernières entraîne la nullité du contrat[251].

[247] Article L. 121-74 du Code de la consommation.

[248] Article L. 121-70 du Code de la consommation.

[249] *Cf. Ibid.*

[250] L'interdiction figure à l'article L. 121-75 du Code de la consommation et une peine d'amende de 30 000 euros est prévue à l'article L. 121-79-3 en cas de violation de cette interdiction.

[251] La question de la nullité pourrait s'avérer particulièrement intéressante pour notre propos. En effet, la nullité, selon qu'elle est relative ou absolue, témoigne d'une conception particulière du droit de la consommation. Une nullité relative traduit une conception centrée sur la protection du consommateur. C'était d'ailleurs la nullité retenue, à tort selon nous, par la Cour de cassation en matière de démarchage. A l'inverse, la nullité absolue

B. Les prestations de service spécialement réglementées, et contenant un dispositif de désengagement

83. - Définition. Connu par les civilistes sous l'appellation de « louage d'ouvrage », le contrat de prestation de service est le contrat par lequel une personne réalise un ouvrage (soit une obligation de faire) pour une autre personne. *A priori,* pas de problèmes particuliers mais les cas d'espèce ont parfois montré des difficultés quant à la question de savoir si un contrat est une vente ou une prestation de service. En effet, il arrive très fréquemment que le service rendu s'accompagne d'un transfert de propriété de marchandises. Dans de tels cas, comment s'en sortir ? La doctrine a dégagé un critère : le critère de la « spécificité ». L'idée est la suivante : pour qu'il y ait contrat de prestation de service, l'ouvrage réalisé spécialement pour le consommateur. Pour résumé : la vente, c'est le « prêt-à-porter » ; la prestation de service, c'est « le sur-mesure » ! Mais cet aspect n'est pas le plus important pour ce qui nous concerne, à savoir le droit de changer d'avis en droit des contrats. Un tel droit est légalement prévu dans deux contrats particuliers, qui sont tous deux des contrats de prestation de service : il s'agit du contrat de courtage matrimonial (1) et du contrat d'enseignement (2).

1. Désengagement et courtage matrimonial

84. - Réglementation du courtage matrimonial. Le contrat de courtage matrimonial a été réglementé par la loi 89-421 du 23 juin 1989. L'article 6 de cette loi donne des informations sur ce qu'il faut entendre par courtage matrimonial. Il vise ainsi dans l'alinéa premier : « *l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, proposée par un professionnel* ». La Cour de cassation a tendance à interpréter cet article de manière restrictive[252]. L'essentiel, pour notre démonstration, c'est que nous allons retrouver dans le cadre de ces contrats atypiques un dispositif de désengagement similaire à tous ceux que nous avons rencontrés jusqu'à présent.

---

procède d'une conception plus centrée sur l'aspect régulateur du droit de la consommation. Il nous faudra donc revenir sur cette sanction.

[252] *Cf.* Cass. 1ère civ., 21 février 1995 : *Bull. civ.* 1995, I, n° 98 ; *JCP* G 1995, IV, n° 972 ; *Contrats, conc. Consom.,* 1995, comm. 112.

85. - **Un contrat écrit.** L'exigence d'un contrat écrit est à nouveau de mise s'agissant de ce contrat de courtage matrimonial. Cette obligation figure également à l'article 6 de la loi du 23 juin 1989 : « *doit faire l'objet d'un contrat écrit, rédigé en caractères lisibles, dont un exemplaire est remis au cocontractant du professionnel au moment de sa conclusion* ». La nullité du contrat est également prévue en cas de non respect des mentions obligatoires[253]. Dans tous les cas, le contrat de courtage est toujours un contrat à durée déterminée qui ne peut excéder une année. Les techniques traditionnelles utilisées en droit de la consommation sont ainsi présentes ; et parmi elles, le droit de rétractation.

86. - **Droit de changer d'avis.** S'agissant de la possibilité de se désengager, disons d'abord qu'elle a été prévue par la loi du 23 juin 1989. En effet, au terme de l'article 6 de cette loi : « *Dans un délai de sept jours à compter de la signature du contrat, le cocontractant du professionnel visé au paragraphe I peut revenir sur son engagement, sans être tenu au paiement d'une indemnité. Avant l'expiration de ce délai, il ne peut être reçu de paiement ou de dépôt sous quelque forme que ce soit* ». Nous commençons à être habitué à ces règles qui offrent au consommateur un droit de changer d'avis. Le délai ici octroyé est de sept jours et il commence à courir au jour de la signature du contrat. Il faut préciser que contrairement à tous les autres cas étudiés jusqu'à maintenant, le droit de changer d'avis ne figure pas au titre des mentions obligatoires[254]. L'exercice de ce droit est gratuit, comme toujours. Le professionnel ne peut donc pas demander le paiement d'indemnités au consommateur du fait de la mise en œuvre, par ce dernier, de son droit de rétractation[255]. Enfin, le professionnel a interdiction de percevoir une rémunération sous quelque forme que ce soit[256].

---

[253] Ainsi, le même article dispose que : « *Le contrat doit mentionner sous peine de nullité, le nom du professionnel, son adresse ou celle de son siège social, la nature des prestations fournies, ainsi que le montant et les modalités de paiement du prix* ». Nous devrons, là encore, essayer de savoir de quelle nullité il s'agit (relative ou absolue) avec à l'esprit toujours cette idée que le choix en faveur de l'une ou de l'autre traduit une certaine conception de la matière qu'est le droit de la consommation. La Cour de cassation s'est prononcée, nous y reviendrons ; V. Cass. 1ère civ., 13 janvier 1998 : *JurisData* n° 1998-000262 ; *Contrats. Conc. Consomm*. 1998, comm. 62.

[254] V. CA Chambéry, 5mai 2009 : *Contrats, conc. Consomm.,* 2009, comm. 298.

[255] *Cf.* Cass. 1ère civ., 6 février 1996 : *Contrats. Conc. Consomm.* 1996, comm. 65 ; *JCP* G 1996, IV, n° 730.

[256] *Cf.* Cass. 1ère civ., 12 juillet 2007 : *JurisData* n° 2007-240156 ; *Contrats, conc. Consomm.,* 2007, comm. 284 – CA Paris, 2 octobre 2000 : *Contrats, conc. Consomm.,* 2001, comm. 63 – Cass. 1ère civ., 6 février 1996 : *Contrats. Conc. Consomm.* 1996, comm. 65 ; *JCP* G 1996, IV, n° 730.

2. Le désengagement en matière de contrat d'enseignement

87. - **Généralités.** Ce contrat, qui connaît un succès grandissant auprès des consommateurs, a pour objet une prestation de services, cela va sans dire. Chacun sait ce qu'est l'enseignement, il y a l'idée d'un transfert de connaissance ; l'enseignant va transmettre du savoir à l'enseigné qui souhaite progresser dans une discipline quelconque. Il s'agit par ailleurs d'un contrat à titre onéreux, qui donne lieu à une rémunération de l'enseignant. Pas de difficultés donc, quant à la définition. Néanmoins, une précision importante s'impose : la loi n° 71-556 du 12 juillet 1971 s'applique aux contrats d'enseignement à distance, elle a été intégrée aux articles L. 444-1 et s. du Code de l'éducation.

88. - **Existence d'un droit de se désengager.** Un certain nombre de mentions obligatoires doivent être communiquées à l'enseigné, à peine de nullité, conformément aux prescriptions de l'article L. 444-7 du Code de l'éducation. S'agissant du sujet qui nous intéresse, il faut se tourner vers l'article L. 444-8 du même Code. Ce dernier prévoit la possibilité pour le non-professionnel de changer d'avis. Pour être plus précis, cet article interdit à l'enseigné d'accepter le contrat avant un délai de sept jours francs. Ce délai court à compter de la réception du contrat qui aura été envoyé avec accusé de réception. Une interdiction de recevoir paiement s'applique pendant toute la durée de ce délai. L'inobservation de cette interdiction par le professionnel entrainerait la nullité (absolue) du contrat[257].

89. - **Conclusion du premier chapitre.** Cette étude partait, rappelons le, de la volonté de mettre en lumière une tension au sein du droit des contrats. Tension entre, d'une part, le droit des contrats pris en charge par le droit civil et qui répond à l'idée d'engagement des parties dans le contrat, et, d'autre part, le droit des contrats proposé dans son domaine par le droit de la consommation et qui semble s'écarter de cette idée. Pour atteindre cet objectif, il nous fallait dans un premier temps *montrer que le droit de la consommation constituait un droit du désengagement*.

[257] V. Cass. 1ère civ., 27 octobre 1976 : *Bull. civ.* 1976, I, n° 312.

90. - **Résultats.** Il nous semble que l'objectif est atteint. Nous avons pu nous rendre compte que **dans l'ensemble des contrats et techniques de vente qui font partie du droit de la consommation, le législateur a prévu au bénéfice du consommateur la faculté de changer d'avis, de mettre en cause l'opération juridique conclue, de sortir de l'engagement contractuel**. Ce n'est que par exception que cette « faveur » est retirée au consommateur. La constance des dispositifs de désengagement suggère que le droit de la consommation abrite une conception radicalement différente de l'entrée dans le contrat et des conséquences de celle-ci[258]. Au total, la conclusion du contrat y constitue une situation juridique provisoire ; l'échange des consentements n'aurait pas à systématiquement soumettre le consommateur à l'obligation contractuelle. Ça n'est pas simplement, selon nous, imputable à un effet du droit spécial. C'est aussi le signe d'une philosophie du contrat alternative à celle que propose le droit civil. Car nous voyons se dessiner une économie de ce droit alternatif du contrat : le mécanisme du désengagement fonctionne en écho avec l'obligation d'information qui opère quant à elle avant la conclusion d'un contrat. En outre, la faculté de changer d'avis est toujours garantie par des exigences relatives à la forme (on songe aux mentions obligatoires qui toujours incluent la mention du droit de se désengager).

91. - **La formation historique**. Cette idée de ce que le droit de la consommation valorise, en quelque sorte, le désengagement d'une partie à l'opération contractuelle est un produit de sa formation historique. De ce point de vue, l'histoire du droit contractuel de la consommation est presque une contre-histoire du droit civil du contrat.

[258] *Cf.* G. Rouhette, *« Droit de la consommation » et théorie générale du contrat, in* Mélange R. Rodière, 1982, p. 247 et s.

CHAPITRE 2

ÉTUDE HISTORIQUE : LE DROIT DE LA CONSOMMATION EN TANT QUE DROIT DE LA SOCIÉTÉ DE CONSOMMATION

92. - La nécessité d'introduire l'histoire de la société de consommation. L'idée principale de ce chapitre est la suivante : l'affirmation selon laquelle le droit de la consommation organise un droit du désengagement trouve une puissante détermination dans l'histoire. Afin de le comprendre, il convient de mettre en perspective la construction historique du droit de la consommation, non pas par rapport à celui du droit civil – de la société civiliste – comme l'habitude en a été prise, mais par rapport à la société de consommation. La mécanique du désengagement vient garantir les droits fondamentaux du consommateur, consommateur qui constitue la figure centrale de la société de consommation. Nous prenons ainsi le contre pied de l'idée d'un droit de la consommation qui aurait toujours existé, dans le sens où sa généalogie serait identique à celle du droit civil[259]. A l'inverse, le désengagement représente selon nous une technique caractéristique du droit de la consommation, un mécanisme essentiel à l'effectivité de celui-ci[260]. En appliquant la relation de Chasles, on comprend qu'il y a une relation entre le désengagement et la société de consommation[261]. En somme, en s'intéressant à l'histoire de la société de consommation, il est possible d'apporter un éclairage nouveau sur le phénomène du désengagement contractuel.

[259] Par exemple, le droit de la consommation paraît être pour MM. J. Calais-Auloy et H. Temple un droit corrigeant un déséquilibre entre un professionnel et un consommateur. Ils affirment également que « *ce déséquilibre a toujours existé. Déjà en droit Romain et dans l'ancien droit, diverses règles tendaient à protéger les acheteurs (on ne disait pas encore les consommateurs) contre les tromperies* », V. *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 1. En somme, un droit de la consommation aurait toujours existé parce que des règles protectrices des acheteurs existent depuis toujours. Nous rejetons cette affirmation. La distinction entre consommateurs et acheteurs, qui paraît secondaire dans le propos rapporté, est à nos yeux essentielle. Nous reviendrons sur ce point, V. *infra,* n° 137. -

[260] C'est d'ailleurs pour cette raison que nous avons formulé l'idée que le droit de la consommation constituait un droit du désengagement.

[261] En effet, si le droit de la consommation est le droit de la société de consommation et que le droit de la consommation organise la possibilité d'un désengagement contractuel, alors le désengagement contractuel est un mécanisme qui s'explique par la société de consommation. AB + BC = AC…

L'apparition de la société de consommation dans les années 1970 et la constitution en parallèle du droit de la consommation est une période clef de notre réflexion, puisque le phénomène massif du désengagement en matière contractuelle s'incarne pour la première fois dans des dispositifs légaux. Toutefois, il n'est pas possible d'appréhender pleinement ce phénomène sans revenir sur les évènements notables qui ont menés la société à un système fondé sur la consommation. Nous scinderons en conséquence notre analyse historique en deux temps : d'abord il sera question de l'histoire « ancienne » de la société de consommation, de ses origines (section 1). Il sera par suite possible d'examiner son histoire récente et le contexte dans lequel la société de consommation a vu le jour au cours du 20ème siècle (section 2).

Section 1
Les origines de la société de consommation

93. - **Propos liminaires**. Une première interrogation plane sur le moment où commence l'histoire de cette « société de consommation ». Là encore, la réponse varie selon les auteurs[262]. En revanche, tout le monde semble reconnaitre l'existence d'un tournant crucial au milieu du 18ème siècle[263]. S'observerait ainsi une « *rupture majeure survenue en Europe vers 1750* »[264]. Quels sont donc les éléments de cette rupture ? Quels sont ces grands changements qui nous mené à la consommation en masse ? Quoiqu'il en soit cette rupture paraît faire date dans l'histoire de la société de consommation, et c'est pour cette raison précise qu'elle constituera le point de départ de notre analyse historique. Cela étant dit, nous opérerons selon une approche chronologique, en évoquant les évènements majeurs qui ont eu lieu dans la seconde moitié du 18ème siècle et qui ont donné à la société de consommation ses fondements originaires (§1). Nous verrons ensuite comment le mouvement s'est accéléré tout au long du 19ème siècle (§2).

---

[262] V. sur ces difficultés, M-E Chessel qui écrit que : « *Tout les auteurs ne sont pas d'accord entre eux. Certains insistent sur les premières évolutions, dès l'époque moderne ; d'autres évoquent la rupture que constitue la production de masse, au 20ème siècle. Des chercheurs s'intéressent aux valeurs et au fait que des consommateurs se revendiquent comme tels. D'autres préfèrent les chiffres et cherchent à définir des seuils quantitatifs de consommation. Certains se concentrent sur des consommateurs pionniers ou d'avant-garde, d'autres traquent les transformations concernant la majorité. Des auteurs s'intéressent à l'alimentation ou aux vêtements, d'autres se concentrent sur les biens de consommation durables comme l'automobile. Les chronologies varient en conséquence* ». *Cf.* M-E Chessel, *op. cit.,* p. 4.

[263] En ce sens, M-E Chessel écrit qu' : « *il existe certes des formes complexes d'autoconsommation et de commerce depuis l'Antiquité, le Moyen-âge et la Renaissance. Cela dit, les historiens s'accordent globalement sur une rupture majeure survenue en Europe vers 1750* ». V. M-E Chessel, *ibid*. Dans le même sens, l'historien et politologue R. Rémond explique d'abord que ces périodes et leur analyse sont : « *fixées par le programme des études* » mais il ajoute aussitôt qu'elles « *ont une signification objective* ». Il s'interroge également sur le fait de savoir s'il ne conviendrait pas mieux de « *remonter jusqu'aux premiers frémissements, annonciateurs du bouleversement révolutionnaire de la fin du 18ème siècle ? La Révolution française de 1789 assurément, mais aussi la vague révolutionnaire qui déferle sur le monde occidental dans le dernier quart du siècle et qui a son origine dans la déclaration d'indépendance des États-Unis en 1776* ». Mais relevant que : « *La signification d'un changement ne peut s'apprécier que par référence à l'état précédent et que l'appréciation de la portée d'une révolution est subordonnée à la comparaison avec le régime qu'elle renverse, force est de rappeler les traits essentiels de la société de l'Ancien Régime* ». Il justifie par là même son choix : « *Voilà pourquoi ce cours a pour point de départ, approximatif, le milieu du 18ème siècle* ». V. R. Rémond, *L'Ancien Régime et la Révolution, 1750-1815, Introduction à l'histoire de notre temps*, T. 1, Éditions du Seuil, 1974, p. 9 pour les citations.

[264] V. *Ibid.*

§ 1. Les métamorphoses des 18ème siècle ou le cap vers la société de consommation

94. - **Généralités.** Le monde change radicalement pendant la seconde moitié du 18ème siècle. Mais on est encore très loin de la société de consommation telle qu'on la connaît aujourd'hui. Les moyens techniques sont alors trop peu avancés pour proposer un système de consommation en masse[265]. Toutefois, il est indéniable que les premiers pas vers la société de consommation sont faits à cette époque, qu'une rupture s'opère. Ce sont essentiellement les évolutions, voir les révolutions du 19ème siècle qui permettront à la société de consommation de voir le jour un siècle plus tard.

95. - **Éléments de la rupture.** Étant entendu que l'histoire révèle une rupture dans les années 1750, il convient d'examiner les éléments qui la caractérisent. A cet égard, deux sortes de facteurs vont être distingués, selon qu'ils relèvent de l'ordre du matériel (A), ou à l'inverse de l'ordre intellectuel (B).

A. Éléments matériels caractérisant la rupture

96. - **Élément technique et scientifique.** Si le 18ème siècle ne constitue pas une révolution technique et scientifique, comme nous l'avons soutenu[266], il reste néanmoins un siècle riche en terme d'avancées dans ces domaines. La masse des connaissances déjà acquises et le développement des techniques améliorent le quotidien du peuple. C'est d'ailleurs cette masse de savoir que vont tenter de rassembler Diderot et d'Alembert dans leur

[265] La révolution en termes de « technique » vient plus tard, à la fin du 19ème siècle. Comme l'écrit R. Rémond : « *Le monde de 1750 ne présente rien de tel* […] *on ne connaît pas la révolution des moyens de communication rendue possible par la découverte et l'utilisation de l'électricité et des ondes, ni la révolution des transports. Au milieu du 18ème siècle, l'homme se déplace encore au pas, le sien ou celui de sa monture. C'est le pas du cheval ou la vitesse des navires à voiles qui conditionne les communications, rythme la transmission des nouvelles ou des idées, mesure la distance* ». V. R. Rémond, *op. cit.,* p. 21. Dans le même sens M-E Chessel que : « *Ces évolutions, à la fois économique, techniques et politiques, sont majeures. Elles ne peuvent toutefois pas être considérées comme « révolutionnaires » : elles ne sont pas à l'origine de la production en série et de la consommation de masse qui apparaissent plus tard au 20ème siècle* », cf. *op. cit.,* p. 15.

[266] V. *Ibid.*

entreprise colossale : l'encyclopédie[267]. Ce travail est abord et avant tout le témoin des avancées scientifiques et techniques de l'époque[268], mais il se veut également un travail critique. Ce développement des techniques va faciliter le travail et dans le même temps, la production. Les progrès se font également sentir dans le domaine de la navigation[269], ce qui favorise le développement du commerce[270]. La conséquence principale est simple : de nouveaux biens sont produits, ou importés, et on produit en plus grande quantité ! Tout cela va favoriser l'essor de la consommation dans la société. D'autant que l'évolution de la production s'accompagne d'un développement des méthodes utilisées par les commerçants pour vendre leurs produits[271]. Ces avancées, techniques et scientifiques, permettent un enrichissement de la société.

97. - Accroissement des richesses. Attention, dire que la société s'enrichit globalement ne signifie pas que c'est toute la population qui s'enrichit[272] ; mais le système économique se développe et engendre un climat favorable à l'enrichissement. Cet enrichissement global de la société s'explique par « *un élargissement du nombre des produits que chacun peut légitimement acquérir* […] *et une augmentation du nombre de personnes susceptibles de les posséder* »[273]. Mais attention, il faut rappeler qu'au 18ème siècle, les

[267] Ce qui devait au départ n'être qu'une traduction d'un dictionnaire « à la mode » : la *Cyclopoedia* réalisée par l'Anglais Ephraim Chambers va prendre une toute autre ampleur. Il s'agit non seulement de rassembler l'ensemble de la connaissance humaine, mais aussi et surtout de soumettre ces connaissances à un examen critique. Au final, ce travail titanesque ne représente pas moins de dix-sept volumes de textes et onze volumes d'illustrations ; plus d'une centaine d'auteurs contribueront à sa rédaction ! L'expression de Voltaire prend alors tout son sens ; ce travail prodigieux est véritablement un « monument de l'esprit humain »…

[268] Parmi les inventions et techniques nouvelles du 18ème siècle, on citera l'invention du thermomètre en 1718 par Gabriel Fahrenheit ; en 1744, Vaucanson fait ses premiers essais pour son métier à tisser ; Nicolas Focq invente la machine à raboter le fer en 1751, c'est le début de la machine-outil (soit un équipement destiné à exécuter des tâches répétitives) qui permet une forte amélioration de la production ; Vaucanson, quatre ans plus tard, invente le tour à charioter… V. G. Piouffre, *Les grandes inventions,* éd. First Histoire, 2013.

[269] R. Rémond écrit à cet égard un « *perfectionnement des instruments de navigation qui permettent de dresser des cartes, de prendre des relèvements, progrès liés à ceux de l'astronomie et de l'hydrographie* ». V. R. Rémond, *op. cit.,* p. 25.

[270] *« Par son étendue, sa massivité, par son relief, par l'hostilité aussi des indigènes, le continent oppose souvent un obstacle à peu près insurmontable, alors que les mers mettent en communication des rivages opposés* ». *Ibid,* p. 26.

[271] M-E Chessel relève dans son ouvrage que : « *Les boutiques, les almanachs de commerce, les annonces ou cartes publicitaires sont autant d'outils utilisés par des entrepreneurs, des détaillants, des agents et des revendeurs qui élargissent ainsi leurs marchés* ». *Cf. op. cit.,* p. 15.

[272] Il est important de souligner que l'enrichissement global ne profite pas à tout le monde. Les historiens insistent d'ailleurs sur le fait que la noblesse à plutôt tendance à s'appauvrir, et corrélativement, c'est la bourgeoisie qui profite de cet appauvrissement.

[273] M-E Chessel, *op. cit.,* p. 13.

« milieux populaire » sont plutôt dans une stratégie de survie et consomment essentiellement des produits alimentaires[274]. C'est surtout à l'autre extrémité sociale que la consommation se développe. M-E Chessel écrit en ce sens qu' : « *A Paris, au 18ème siècle, les courtisans rivalisent de dépenses pour tenir leur rang – des carrosses aux hôtels, des robes aux réceptions -, faisant vivre des centaines de fournisseurs qui contribuent à faire évoluer les modes* »[275].

98. - Élément démographique. Il faut être méfiant car les bases statistiques sont « fragiles »[276]. Néanmoins, le constat d'un accroissement de la population s'impose : le nombre d'individus sur la planète passe de 700 (dont 140 millions d'Européens) à 800 millions entre 1750 et 1800[277]. Cette évolution démographique s'explique par les progrès relatifs à l'hygiène[278], et plus généralement par les progrès de la médecine qui engendre un recul de la mortalité[279]. Précisons qu'en 1750, l'Europe n'est pas le continent le plus peuplé, en revanche, le rapport de densité y est le plus élevé. « L'Europe *est une réserve illimitée d'hommes* », écrit R. Rémond[280]. En termes de consommation, cela signifie qu'il y a à disposition des travailleurs pour produire[281], des consommateurs pour acheter…

99. - Élément économique. On assiste au 18ème siècle à une augmentation des biens disponibles, rappelons qu'elle s'explique d'une part par une production en hausse, d'autre part par l'accroissement des importations. Comme le relève le professeur M-E Chessel : « *De*

---

[274] *Ibid,* p. 11.

[275] *Ibid,* p. 12.

[276] R. Rémond affirme au soutien de cette idée que : *« Les souverains les plus absolus ne savent pas le nombre de ceux sur lesquels s'étend leur souveraineté. Leur situation est analogue à celle des États aujourd'hui les moins développés, qui n'ont jamais entrepris de dénombrements et n'ont pas d'administration pour les mener à bien. Il en va alors pour la France ou l'Espagne comme pour la Chine d'il y a quelques années : quand on ne savait pas, à 100 millions près, le nombre de Chinois. Nos renseignement sont donc fragiles* ». *Cf.* R. Rémond, *op. cit.,* p. 35.

[277] V. R. Rémond, *op. cit.,* p. 36.

[278] C'est d'ailleurs au 18ème siècle que le mot « hygiène » est inventé, au sens où on l'entend aujourd'hui. Sur ce point, voyez D. Roche, *op. cit.,* p. 153.

[279] Cette évolution de l'hygiène et de la médecine sera constante et on la retrouve logiquement au 19ème siècle.

[280] V. R. Rémond, *op. cit.,* p. 41

[281] Encore faut-il du travail ! « *Sous l'ancien régime, la situation se caractérise, dans la plupart des pays européens, par un excédent de main-d'œuvre. La révolution démographique a précédé la révolution industrielle ; en d'autres termes, l'accroissement de la population a devancé l'expansion des possibilités d'emploi* ». R. Rémond, *op. cit.,* p. 44.

nouveaux produits (meubles, vaisselles et couverts, vêtements de coton, bière, rasoirs, jouets…), fabriqués en France ou provenant des colonies, font leur entrée dans des foyers de plus en plus nombreux. Cela transforme les pratiques de consommation de la vie quotidienne »[282]. Cela dit, ce commerce a surtout profité aux Européens et aux Américains, puisque les richesses rapportées d'Amérique étaient financées avec l'argent provenant de la vente des esclaves négociés en Afrique[283]. Le luxe commence par ailleurs à se répandre plus largement dans la population, notamment dans les « classes bourgeoises »[284]. On voit ainsi apparaitre des denrées comme le sucre ou le café. L'enrichissement se traduit également au travers des vêtements, et de l'apparence en général[285]. D. Roche explique en ce sens que : « *progressivement, le changement et la mode saisissent la capitale et soufflent sur les provinces, où la consommation des paysans commence à se diversifier. Le peuple a franchi la frontière de la nécessité dès la fin du 18ème siècle ; avec plus ou moins de rapidité, il participe à la mise en scène des apparences vestimentaires…* »[286]. Le nombre de consommateurs augmente, comme celui des biens en circulations. Il importe d'apporter quelques précisions quant au lieu où se passent ces échanges ; c'est de la foire et du marché dont nous allons maintenant dire quelques mots.

100. - Le développement des lieux dédiés à la consommation : les foires et les marchés. Les personnes susceptibles de consommer sont plus nombreuses et les biens à consommer également. Ce climat favorise le développement des lieux d'échanges. « *Dans les campagnes, les pratiques d'autoconsommation des produits du jardinage ou des petits élevages n'empêche pas le recours au marché* »[287], relève M-E Chessel. Ces lieux gagnent alors en importance dans la mesure où : « *dans l'ancienne société, la mobilité des vendeurs et*

[282] *Cf.* M-E Chessel, *op. cit.,* p. 13.

[283] R. Rémond observe à ce sujet que : « *grâce au produit de la vente [d'esclaves…], les navires retournent en France et en Angleterre chargés de rhum, de sucre et de tabac. C'est un élément essentiel de la prospérité des grands ports français et britanniques. Le luxe, la splendeur architecturale de Bordeaux, ou de Nantes, reposent en partie sur le commerce du « bois d'ébène ». La traite se prolongera jusqu'au 19ème siècle…* », *op. cit.,* p. 39.

[284] M-E Chessel cite en exemple la faïence de Josiah Wedgwood qui, dès 1760, utilise des nouvelles techniques pour produire de la vaisselle avec des décors orientaux. *Cf.* M-E Chessel, *op. cit.,* p. 14.

[285] V. D. Roche, *op. cit.,* Chap. VIII en général. V. notamment cette citation de Garsault (p. 213) qui écrivait dans *L'Art du tailleur,* publié en 1769 : « *De la nécessité de se couvrir on est parvenu à la grâce du vêtement sous des formes différentes, à la distinction des peuples, et parmi chacun à celle des différents états et conditions, ce qui a donné lieu à la parure et à la magnificence* ».

[286] *Cf.* D. Roche, *op. cit.,* p. 229.

[287] *Cf.* M-E Chessel, *op. cit.,* p. 12 ; V. également D. Margairaz, *Foires et marchés dans la France préindustrielle,* Paris, éd. EHESS.

des acheteurs est organisée par le système des transports et la trame générale des marchés et des foires. L'un et l'autre lieu d'échange conservent leurs caractères, ils illustrent bien la vision des économistes du 18ème siècle qui, à l'instar de Cantillon, prônent les vertus de la circulation et de la consommation pour diriger la croissance hiérarchisée des villes... »[288]. La volonté d'améliorer la circulation se fait sentir[289] ; les boutiques, les foires et les marchés ont donc de beaux jours devant eux… La consommation connait à l'époque un contexte favorable à son développement. Le changement porte aussi sur les mentalités ; de nouvelles idées émergent au sein de la société et on encourage la consommation.

B. Éléments intellectuels de la rupture

101. - Anecdote. C'est également au 18ème siècle que la pensée économique libérale se développe. Une œuvre a joué un rôle particulier dans cette évolution[290] des mentalités ; il s'agit de la *Fable des abeilles*[291], de Bernard Mandeville[292]. Dans sa fable[293], l'auteur défend l'idée selon laquelle les vices privés bénéficient à la société toute entière[294]. Il soutient

[288] *Cf.* D. Roche, *op. cit.,* p. 59.

[289] V. D. Roche, *op. cit.,* p. 60, qui s'appuie entre autre sur un article de Turgot publié dans *L'encyclopédie* et intitulé « *Foires et marché* ».

[290] Certes le libéralisme n'apparaît pas au 18ème et on trouve des traces de cette doctrine dès le 17ème siècle, notamment chez Spinoza qui affirmait dans l'*Éthique* que : « *Quand chaque homme cherche le plus ce qui lui est utile, alors les hommes sont le plus utiles les uns aux autres* ». *Cf. Éthique,* IV ; beaucoup d'auteurs soulignent également l'importance de la pensée de John Locke (1632-1704) dans l'émergence de la pensée libérale. On pourrait également citer, aux sources de cette doctrine, la philosophie de Thomas Hobbes (1588-1679) qui développe dans le *Léviathan* la doctrine des droits individuels inaliénables. On peut également penser John Milton (1608-1674) et à son combat pour la liberté d'expression, combat mené dans l'*Areopagitica.* On citera, pour finir, les travaux de Pierre Le Pesant (1646-1714), sieur de Boisguilbert, père de l'économie libérale en France…

[291] La première édition de cette fable parait en 1705 sous le nom de : « *The Grumbling Hive, or Knaves Turn'd Honest* » (en français « *La ruche murmurante, ou les fripons devenus honnêtes gens* ») mais cette version reste alors peu remarquée. L'œuvre devient célèbre lors de sa réédition en 1714 en Angleterre sous le titre : « *The Fable of the bees : or, Private Vices, Publick benefits* » et en 1723 en France ; cette célébrité découle entre autre de la polémique qu'a engendré l'ouvrage au moment de cette réédition…

[292] Bernard Mandeville est né en 1670 à Rotterdam et il décède en 1733 à Hackney. Il étudie la philosophie et la médecine à Leyde.

[293] A cet égard, M. Biziou relève que : « *Sa formation était par ailleurs celle d'un lettré et d'un philosophe. Des satiristes antiques, comme Ésope ou Juvénal, il a retenu le goût pour l'ironie versifiée : d'où la forme stylistique de la fable…* ». V. M. Biziou, *La fable des abeilles de Bernard Mandeville, in* Le Point, H-S n° 26 Les Textes fondamentaux de la pensée des Lumières, p. 26.

[294] « *C'est ainsi que, chaque partie étant pleine de vice, Le tout était cependant un paradis. Cajolés dans la paix, et craintes dans la guerre, Objets de l'estime des étrangers, Prodigues de leur richesse et de leur vie, Leur force était égale à toutes les autres ruches. Voilà quels étaient les bonheurs de cet État. […] Les plus grandes*

également que la vertu seule conduit les nations à leur perte[295]. La société devra donc choisir entre la prospérité et la vertu : telle est la morale de la fable[296]. A cette époque donc, une nouvelle pensée émerge. M-E Chessel remarque en ce sens qu'on « *commence à valoriser à la fois la demande intérieure et les consommations de luxe* »[297]. Il s'agit d'une évolution des mentalités à une époque où les valeurs de la morale chrétienne sont profondément ancrées et parmi lesquelles la vertu a une place cruciale[298]. Ces transformations au sein de la société vont donner naissance à un débat philosophique important ; Kant, Voltaire, Rousseau, Hume et bien d'autres prirent position au sein de cette polémique et « *discutèrent sa* [celle de Mandeville] *définition exigeante de la morale, sa compréhension cynique du lien social…* »[299]. Le prestige des auteurs qui ont porté sur cette œuvre leur intérêt[300] montre l'importance de cette fable dans l'émergence de la pensée libérale. Nous revenons, un peu plus en détail, sur cette philosophie libérale, qui va considérablement faciliter le développement de la consommation au sein de la société.

---

canailles de toute la multitude Ont contribué au bien commun. Voici quel était l'art de l'État, qui savait conserver Un tout dont chaque partie se plaignait. […] La source de tous les maux, la cupidité, Ce vice méchant, funeste, réprouvé, Était asservi à la prodigalité, Ce noble péché, tandis que le luxe, Donnait du travail à un million de pauvres gens, Et l'odieux orgueil à un million d'autres ». B. Mandeville, *La fable des abeilles*, VRIN, 1998.

[295] « *Regardez maintenant cette ruche glorieuse, et voyez Comment l'honnêteté et le commerce s'accordent. La splendeur en a disparu, elle dépérit à toute allure, Et prend un tout autre visage. Car ce n'est pas seulement qu'ils sont partis, Ceux qui chaque année dépensaient de vastes sommes. Mais les multitudes qui vivaient d'eux Ont été jour après jour forcées d'en faire autant. […] Le prix des terres et des maisons s'effondre ; Des palais merveilleux, dont les murs Comme ceux de Thèbes, avaient été élevés par le jeu Sont à louer. […] Il n'y a plus d'entreprises de bâtiment, Les artisans sont en chômage. Aucun peintre n'est plus connu pour son art, Les sculpteurs de pierre ou de bois n'ont plus de nom ; Ceux qui sont restés, devenus sobres, ne sont plus en peine De trouver des dépenses, mais de trouver le moyen de vivre* ». *Ibid.*

[296] « *MORALE : Cessez donc de vous plaindre : seuls les fous veulent Rendre honnête une grande ruche. Jouir des commodités du monde, Être illustres à la guerre, mais vivre dans le confort Sans grands vices, c'est une vaine Utopie, installée dans la cervelle. Il faut qu'existent la malhonnêteté, le luxe et l'orgueil, Si nous voulons en retirer le fruit. […] Ainsi on constate que le vice est bénéfique, Quand il est émondé et restreint par la justice ; Oui, si un peuple veut être grand, Le vice est aussi nécessaire à l'État Que la faim l'est pour le faire manger. La vertu seule ne peut faire vivre les nations Dans la magnificence ; ceux qui veulent revoir Un âge d'or, doivent être aussi disposés À se nourrir de glands qu'à vivre honnêtes* ». *Ibid.*

[297] V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 14.

[298] D'ailleurs, le livre était précédé d'un « avertissement des libraires » dans lequel on pouvait lire : « *La Fable des abeilles a fait tant de bruit en Angleterre, que nous avons cru faire plaisir aux lecteurs de-deçà la Mer, de les mettre en état de juger par eux-mêmes de la nature de ce Livre. Les uns l'ont accusé de détruire les principes de la morale, et même de saper les fondements de notre Sainte Religion…* ».

[299] *Cf.* M. Biziou, *loc. cit.*

[300] Il est important de souligner que *La Fable des abeilles* a eu une influence bien au-delà du 18ème siècle. L'analyse de l'économie faite par le docteur Bernard Mandeville fera l'objet de différents commentaires au 19ème ainsi qu'au 20ème siècle. Karl Marx accusera Mandeville d'être « *une source de l'idéologie capitaliste* » au rebours de Friedrich von Hayek qui placera volontiers cette Fable dans son « *panthéon intellectuel* ». *Cf.* Biziou, *loc. cit.*

102. - Les grands penseurs libéraux du 18ème siècle. J. Marseille a pu écrire que : « *En premier lieu, le libéralisme est et reste un combat pour la tolérance et la liberté. Entré dans le monde comme critique de l'Ancien Régime, de l'absolutisme royal et du pouvoir de coercition d'une Église exclusive, il affirme le droit naturel de l'individu à la liberté et postule que l'homme doit disposer d'une autonomie aussi large que possible* »[301]. Cette doctrine se caractérise donc d'abord par la place centrale qu'y occupe la liberté[302]. Mais elle peut s'appliquer à de nombreuses disciplines ; c'est le libéralisme économique qui retiendra notre attention dans les développements qui suivent[303]. Précisons enfin que l'ambition n'est pas une analyse approfondie du courant libéral, c'est donc sur quelques auteurs, choisis essentiellement en fonction de leur renommée, que les développements portent.

103. - David Hume ou les ajustements économiques spontanés. C'est outre-manche que la pensée libérale trouve de solides fondations. David Hume[304] joue un rôle important dans le développement de cette pensée libérale. L'idée principale défendue par Hume ressemble à la thèse défendue par Mandeville dans la *Fable des abeilles*[305]. Les intérêts privés, selon Hume, servent spontanément l'intérêt public[306] et se coordonnent les uns les autres. Dans ce processus, l'État n'a qu'un rôle limité ; il est utile seulement dans la mesure où il est « *un moyen de faire perdurer cette coordination initiale* »[307] qui existe entre les

---

[301] *Cf.* J. Marseille, *Aux sources du libéralisme classique*, *in* Le Point, H-S n° 12, Les textes fondamentaux du libéralisme, p. 13.

[302] C'est également cet aspect que relève R. Rémond lorsqu'il affirme que : *« Il n'est de société viable – et à plus forte raison légitime – que celle qui inscrit au fronton de ses institutions la reconnaissance de la liberté* ». V. Rémond R., *Le 19ème siècle, 1815-1914*, *Introduction à l'histoire de notre temps,* T. 2, Éditions du Seuil, 1974, p. 23.

[303] R. Rémond écrit en ce sens que : « *Le libéralisme est d'abord une philosophie globale. J'y insiste, car il arrive souvent, aujourd'hui, qu'on le réduise à son aspect économique qui doit être replacé dans une perspective plus large et n'est qu'un point d'application d'un système complet englobant tous les aspect de la vie en société, et qui croit avoir réponse à tous les problèmes posés par l'existence collective* ». V. R. Rémond , *op. cit.*, T. 2, Éditions du Seuil, 1974, p. 23.

[304] David Hume (1711-1776) est à l'origine d'un empirisme sceptique. Ce « *mélange détonnant* » (selon les termes de M. Biziou ; cf. *op. cit.,* p. 44) provient de la combinaison entre la philosophie empirique anglo-saxonne (notamment développée par Francis Bacon, John Locke ou encore George Berkeley) et le scepticisme de Pyrrhon, Montaigne ou encore Pierre Bayle… Voyez M. Biziou, *loc. cit.*

[305] V. *supra,* n° 91.

[306] Hume écrit en ce sens que : « *C'est ainsi que les lois de justice naissent de principes surnaturels, d'une manière encore plus oblique et artificielle. C'est l'amour de soi qui est leur origine réelle : et comme l'amour de soi d'une personne est naturellement contraire à l'amour de soi d'une autre personne, ces différentes passions intéressées sont obligées de s'ajuster entre elles de manière à concourir en un système, qui comprend l'intérêt de chaque individu, est donc naturellement avantageux au public, bien que ses inventeurs n'aient pas visé cette fin* ». *Cf.* D. Hume, *Traité de la nature humaine*, Livre III, Partie II, section 6, trad. A. Leroy, Aubier, 1946.

[307] V. M. Biziou, *Les textes fondamentaux du libéralisme, in* Le Point, H-S n° 12, p. 32.

différents intérêts humains. L'autre élément important touche à la forme de cette coordination. Hume sur ce point précis, s'écarte de la conception de Rousseau et de la théorie du contrat social. Ce dernier relèverait d'une fiction politique et jamais les hommes ne se sont réunis pour faire une promesse[308]. Selon Hume, c'est seulement par la force des habitudes que les hommes apprennent à respecter leurs promesses. David Hume pose ainsi les bases d'un libéralisme innovant, conciliant la satisfaction des intérêts privés et le bien commun. Figure emblématique des lumières écossaises, la pensée de Hume va traverser les âges et inspirer de nombreux penseurs, notamment Adam Smith.

104. - Adam Smith, libéralisme économique et autorégulation du marché. Cela peut paraitre étonnant : Adam Smith, père du libéralisme économique, est également un grand penseur de la philosophie morale[309] ! La philosophie morale de Smith ne doit pas être occultée parce qu'elle est l'assise de son libéralisme économique[310]. Smith défend la l'idée selon laquelle le marché s'autorégule. Offres et demandes s'ajustent naturellement et la satisfaction des intérêts privés joue en faveur de l'intérêt commun. Adam Smith se positionne également sur la question du rôle de l'État dans l'économie. Sur ce point, Smith reconnait volontiers la nécessité de ce dernier ; mais il lui confère un rôle limité. Smith pense en effet que le marché constitue un système trop complexe pour l'intelligence humaine ; l'État et le législateur en particulier devront donc s'abstenir et laissé les individus libres[311]. En ce sens,

---

[308] « *Cette convention n'est pas de la nature d'une promesse ; car les promesses elles-mêmes, comme nous le verrons par la suite, naissent de conventions humaines* ». D. Hume, *Traité de la nature humaine*, Livre III, Partie II, section 2, trad. A. Leroy, Aubier, 1946.

[309] Ainsi, et bien avant la rédaction de son chef-d'œuvre l'*Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations* en 1776, il publie en 1759 la *Théorie des sentiments moraux*. L'héritage des Lumières écossaises explique en partie cet attachement à la philosophie morale ; Adam Smith est, rappelons-le, l'élève de Hutcheson, l'ami de Hume et la morale est, au sein de ce cercle de penseurs, un thème incontournable. Selon Smith, les jugements moraux découlent de la sympathie entre les hommes. Cette sympathie permet de créer un accord entre mes sentiments et ceux d'autrui et c'est cet accord qui est à l'origine du devoir moral. Smith les utilise sa conception de la morale dans sa réflexion sur l'économie. En effet, Smith conditionne le bon fonctionnement du marché aux vertus de justice et de prudence. V. sur ce point, M. Biziou, *Adam Smith et les fondements moraux du libéralisme,* in Le Point, H-S n° 26, p. 48 ; du même auteur, V. également *Adam Smith et la morale du libéralisme économique* in Le Point, H-S n° 12, p. 34.

[310] *Ibid*.

[311] « *Il est évident que chaque individu, là où il se trouve, est beaucoup plus à même qu'aucun homme d'État ou aucun législateur de discerner le genre d'activité que son capital peut soutenir dans son pays et dont le produit aura sans doute la plus grande valeur. L'homme d'État qui se risquerait à orienté les particuliers sur la manière dont ils devraient employer leurs capitaux se chargeraient de préoccupations tout à fait inutiles ; de plus, il s'arrogerait une autorité que l'on ne pourrait confier sans risque, non seulement à une seule personne, mais à aucun sénat ni à aucun conseil, et qui ne serait nulle part aussi dangereuse que dans les mains d'un homme assez fou ou présomptueux pour se croire capable de l'exercer* ». A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations,* Livre IV, chap. 2, trad. Ph. Jaudel et al., Economica, 2002.

les individus seraient conduits par une « main invisible ». Telle est la métaphore proposée par A. Smith dans sa *Théorie des sentiments moraux*, reprise un peu moins de vingt années plus tard dans sa *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* ! Tout comme la pensée de Hume, la doctrine de Smith traversera les âges et influera sur nombres d'économistes. Considéré comme le Père de la pensée libérale, Smith a également posé des fondations théoriques solides à la société de consommation[312] qui émerge peu à peu.

105. - Turgot ou un libéralisme à la française… Turgot est né à Paris en 1727, son père fût prévôt des marchands de Paris durant son enfance[313], ce qui explique peut-être son goût pour l'économie ! Turgot est également réputé pour son côté polymathe, il est avant tout un penseur des Lumières qui passe volontiers de l'étude de la théologie à celle du droit, en passant par la traduction (Turgot est polyglotte et maîtrise sept langues !!!) de nombreux ouvrages d'économie, écrit en anglais pour la plupart. L'économiste[314] se révèle dans un article qu'il a publié dans *L'encyclopédie*[315]*,* publié en 1757 sous le titre « *Fondations* ». Turgot n'a pas la renommé d'un Smith, mais sa pensée a joué un rôle important dans l'émergence de la pensée libérale. Il a d'ailleurs influencé le génie Ecossais sous plusieurs aspects, comme nous allons le montrer dans les lignes qui suivent. Anne Robert Jacques Turgot, comme Hume le fît avant lui et comme Smith le fera après, défend l'idée selon laquelle l'effort de chacun à satisfaire son intérêt personnel favorise l'accès au bien général[316]. Sa doctrine trouve sa quintessence dans la formule : « *laissez-les faire* » et ne va pas sans rappeler la célèbre métaphore de la « main invisible » développée par Smith[317] ! On retrouve

---

[312] D'ailleurs, A. Smith voyait déjà dans la consommation un objectif essentiel : « *La consommation est l'unique but, l'unique terme de toute production, et on ne devrait jamais s'occuper de l'intérêt du producteur, qu'autant seulement qu'il le faut pour favoriser l'intérêt du consommateur. Mais, dans le système que je combats, l'intérêt du consommateur est à peu près constamment sacrifié à celui du producteur, et ce système semble envisager la production et non la consommation, comme le seul but, comme le dernier terme de toute industrie et de tout commerce* ». V., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations,* Livre IV, chap. 2, trad. Ph. Jaudel et al., Economica, 2002.

[313] Jusqu'à ses treize ans… *Cf.* G. Dostaler, *Alternatives économiques,* Hors-Série n° 57, p. 64.

[314] L'appellation « économiste » apparaît d'ailleurs à son époque et désigne les « physiocrates », disciples de François Quesnay. V. G. Dostaler, *Alternatives économiques,* Hors-Série n° 57, p. 62 ; V. également P. Nataf, *François Queney et l'école des physiocrates,* in Le point, H-S n° 12, p. 28.

[315] V. *supra,* n° 90. Nous avons déjà évoqué Turgot et son autre article intitulé « *Foires et marchés* », également publié dans l'*encyclopédie*…

[316] Ainsi, Turgot écrivait dans *Fondation* que « *Le bien général doit être le résultat des efforts de chaque particulier pour son intérêt propre* ».

[317] V. *supra,* n° 94.

également l'idée que l'État doit limiter son intervention dans l'économie[318]. Mais Turgot ne se contente pas de penser un programme libéral ; nommé contrôleur général des finances le 24 août 1774 par louis XVI, il tentera de l'appliquer. Ainsi et moins d'un mois après sa nomination, il rétablit la libre circulation des grains. Six édits adoptés en mai 1776 par Turgot précipiteront sa chute[319] ; sa tentative d'appliquer un programme libéral a donc échoué. Turgot n'en reste pas moins un grand penseur qui puisa dans les droits de l'homme les principes qu'il appliquera à l'économie[320].

106. - En somme. Le 18ème siècle constitue un « tournant » dans la genèse de la société de consommation. Le développement des sciences et de technique facilite les échanges entre des individus toujours plus nombreux ; échanges portant sur des produits eux aussi en plus grand nombre. Mais les évolutions techniques majeures se feront surtout au 19ème. Il nous semble que l'élément essentiel du 18ème, s'agissant de l'apparition de la société de consommation, c'est la place croissante que se fait la philosophie libérale à cette époque. Nous avons tenté de montrer avec l'exposé de quelques doctrines célèbres que l'idée selon laquelle la satisfaction des intérêts privés peut bénéficier à la collectivité s'imprègne avec force. Cette position va de paire avec l'affirmation très libérale qui argumente en faveur d'un rôle de l'État limité en matière d'économie (« *laissez les faire !* », disait Turgot). On retrouve dans ces affirmations les fondements théoriques qui structurent l'actuelle société de consommation.

---

[318] « *Ce que l'État doit à chacun de ses membres, c'est la destruction des obstacles qui le gêneraient dans leur industrie, ou qui le troubleraient dans la jouissance des produits qui en sont la récompense* », *Ibid*.

[319] Parmi ces édits, on peut citer une disposition protectrice du « consommateur » et combattant les abus des « professionnel », l'article 9 de l'édit de février 1776 prévoit ainsi que : « *ceux des arts et métiers dont les travaux peuvent occasionner des dangers ou des incommodités notables, soit au public, soit aux particuliers, continueront d'êtres assujettis aux règlements de police faits ou à faire pour prévenir ces dangers ou incommodités* ».

[320] Turgot se veut l'avocat du libéralisme mais reconnaît dans le même temps au « *pauvre des droits incontestables sur l'abondance du riche* ». Sa chute doit beaucoup aux attaques qu'il entreprit contre les privilèges. V. G. Dostaler, *op. cit.,* p. 65 en particulier.

§ 2. Les révolutions du 19ème siècle ou l'accélération de la marche vers la société de consommation

107. - Approche globale. La pensée libérale développée en Grande-Bretagne au 18ème connait un essor considérable au 19ème siècle. R. Rémond a pu écrire à cet égard que : « *Le libéralisme est un des grands faits du 19ème siècle qu'il domine tout entier et pas seulement dans la période où tous les mouvements se réclament explicitement de la philosophie libérale.* […] *Il s'agit donc d'un phénomène historique d'une grande importance qui donne au 19ème siècle une part de sa couleur, et qui a contribué à sa grandeur, car le 19ème est un grand siècle en dépit des légendes et des procès de tendances* »[321]. Dans cette perspective et comme nous l'avons fait pour les penseurs du 18ème, nous présenterons les grands auteurs de la pensée libérale au 19ème siècle[322] (C). Nous essaierons avant cela de dresser un « portrait » de la société à cette époque. A ce propos, la célèbre Saga des *Rougon-Macquart* rend bien compte de ce à quoi ressemble la France à cette époque. Émile Zola réalise en ce sens une entreprise dont la dimension dépasse le cadre littéraire, il s'agit d'une véritable étude sociologique habilement présentée dans des romans qui sont aujourd'hui considérés comme des « classiques »[323]. Mais revenons au plan : les évolutions démographiques feront l'objet des premiers développements (A). L'apparition des « grands magasins » constitue un phénomène intéressant dans le cadre d'une étude sur l'histoire de la « société de consommation », sur lequel nous nous arrêterons (D) ; nous reviendrons avant cela sur la révolution des transports et de l'industrie (B).

A. La révolution démographique

108. - Propos liminaires. Avant d'entrer dans les développements consacrés à la révolution industrielle en tant que telle, il convient d'apporter quelques précisions quant aux

[321] R. Rémond, *op. cit.*, T. 2, Éditions du Seuil, 1974, p. 21.

[322] Comme on l'a fait avec les auteurs du 18ème, l'idée est de présenter l'évolution d'une pensée économique indéfectiblement liée à l'existence et à la légitimité de la société de consommation. Ce détour apparaît ainsi nécessaire à la démonstration…

[323] On citera *L'Assommoir* (1876), *Nana* (1879), *Au bonheur des dames* (1883), *Germinal* (1885), pour s'en tenir aux plus connus. Écrite entre 1871 et 1893, la série ne recense pas moins de vingt romans.

évènements qui sont liés à cette révolution de l'industrie. Un des faits majeurs du 19ème siècle en Europe est la révolution démographique[324]. L'accroissement de la population et l'urbanisation en masse favorise l'essor de l'industrie ; plus de travailleurs à disposition (accroissement de la production donc) et parallèlement, plus de consommateurs (accroissement de la consommation) !

109. - Quelques chiffres sur la révolution démographique en France et en Europe. Le nombre d'Européens dans le monde va plus que doubler entre 1800 et 1900[325]. La densité de population sur ce même territoire est peut-être encore plus significative : on passe de 18.7 en 1800 à 40.1 en 1900[326]. Plus précisément, on compte 28.2 millions de français en 1800 et 40.7 millions en 1900. Plusieurs raisons expliquent cette augmentation importante de la population. Les progrès de la médecine au 19ème siècle constituent l'une des principales raisons. Les travaux d'Edward Jenner relatifs au vaccin contre la variole à la toute fin du 18ème (327) en sont un exemple. Est-il seulement possible de ne pas citer les avancées colossales faites par le célèbre médecin Louis Pasteur (1822-1895), et notamment ses travaux sur le vaccin contre la rage à la fin du 19ème siècle ? Cela dit, est-il vraiment nécessaire d'ergoter sur le rôle fondamental qu'ont joué ces découvertes sur le recul de la mortalité ? Sans doute que non… Des facteurs techniques expliquent également la croissance de la population. Les produits alimentaires sont produits en plus grande quantité[328] et s'améliorent du point de vue qualitatif grâce aux progrès de la science. De plus, on progresse beaucoup

[324] Il paraît utile de rappeler que mon étude se concentre sur l'exemple français ; nous insisterons en conséquence sur les transformations telles qu'elles apparaissent en France. Mais cet accroissement démographique se retrouve à l'échelle globale. En effet, la population mondiale augmente de 77% entre 1800 et 1900. V. J. Heffer et W. Serman, *Le 19ème siècle, Des révolutions aux impérialismes, 1815-1914,* Hachette supérieur, 2001, p. 22.

[325] On passe en effet de 187 millions d'habitants en 1800 (soit 20.6% de la population mondiale) à 401 millions d'habitants en 1900 (ce qui représente 24.9% de la population mondiale). Cf. J. Heffer et W. Serman, *Le 19ème siècle, Des révolutions aux impérialismes, 1815-1914,* Hachette supérieur, 2001, p. 22 se fondant sur l'ouvrage de MM M. Reinhard, A. Armengaud et J. Dupaquier intitulé : *Histoire générale de la population mondiale,* 3ème éd., 1968.

[326] Les chiffres ici rapportés expriment le nombre d'habitants par kilomètres carré. Il faut souligner que c'est la densité de population la plus forte au monde, ce alors même que les asiatiques représente les deux tiers de la population mondiale. *Cf.* J. Heffer et W. Serman, *Le 19ème siècle, Des révolutions aux impérialismes, 1815-1914,* Hachette supérieur, 2001, p. 23, rapportant une étude de R. Schnerb paru dans son ouvrage : *Le 19ème siécle.*

[327] Il teste ses théories sur un jeune garçon en 1796, pour être précis…

[328] V. à cet égard J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 25 qui expliquent que « *La famine ne fait plus guère d'apparition en Europe après 1848…* » Le problème de l'approvisionnement en nourriture est également soulevé par R. Rémond qui soutient que : « *le ravitaillement alimentaire des villes a pris des proportions démesurées : il a fallu chercher de plus en plus loin des quantités de plus en plus considérables. C'est parfois toute l'agriculture du pays qui travaille à nourrir la métropole* ». *Cf. op. cit.,* p. 168-169.

dans le domaine de l'hygiène[329]. Ces évolutions permettent de comprendre cette hausse de la population au 19ème siècle. Mais l'essor de la société de consommation s'explique également par l'endroit où ces personnes vivent, et cet endroit : c'est la ville !

110. - Urbanisation et société de consommation. La société de consommation est intiment liée au développent de l'industrie[330] qui est lui-même lié au développement des villes. Or jusqu'au milieu du 19ème siècle, la population habite en grande majorité à la campagne. MM J. Heffer et W. Serman observe ainsi que « *les départs vers la ville s'accélèrent et s'amplifient avec l'industrialisation, qui ruine l'artisanat rural, à commencer par le textile, et avec l'extension des pâturages aux dépens des labours, qui restreint l'emploi d'une main-d'œuvre concurrencée en outre, à la fin du siècle, par l'introduction du machinisme dans la culture. La ville attire et fixe dans les usines et les maisons bourgeoises les tisserands, les ouvriers agricoles, les domestiques, les anciens adeptes des migrations saisonnières et des petits métiers ; le chemin de fer favorise un déplacement massif vers les agglomérations urbaines, qui se gonflent de centaines de milliers d'immigrants* »[331]. Des villes comme Lyon ou Paris voient leur population multipliée par cinq entre 1800 et 1900[332].

---

[329] Il faut dire que le rapport à la propreté, à l'hygiène et à l'eau en particulier évolue aux 17ème, 18ème et 19ème siècles et crée est se traduit par « *le rêve de l'eau pure et abondante* ». L'expression est empruntée à D. Roche, *cf. Histoire des choses banales, Naissance de la consommation, 17ème-19ème siècle,* Fayard, 1997, p. 178 qui écrivait (p. 181) au soutien de cette idée qu' : « *A la fin du 18ème siècle,* […]. *L'hygiène du corps, des aliments, des boissons, des vêtements, du linge devient, pour les médecins néohippocratiques, remèdes contre les maladies urbaines. La maîtrise de l'eau s'inscrit dans ce programme qui vise la réhabilitation des individus et celle de la ville. L'organisme urbain exige un grand nettoyage que seule l'abondance aquatique peut permettre.* […] *Le mouvement d'assainissement souhaité, et amorcé au Siècle des lumières, culmine dans une vision générale des comportements sociaux. Le pauvre doit être propre. L'eau vive à la portée de tous est l'instrument de cette action au terme des grands travaux commencés en 1800, achevés en 1830, avec le canal de l'Ourcq* ». Dans le même sens, V. T. Maillet, *Le marketing et son histoire ou le mythe de Sisyphe réinventé,* Agora Pocket, 2010, p. 45 à 49.

[330] En ce sens R. Rémond : « *il y a désormais corrélation entre ville et industrie, soulignée par la concordance entre les taux d'industrialisation régionale ou nationale et les taux de croissance des villes* », *Cf. op. cit.,* p. 163

[331] V. J. Heffer et W. Serman, *Le 19ème siècle, Des révolutions aux impérialismes, 1815-1914*, Hachette supérieur, 2001, p. 27. Dans le même sens, R. Rémond écrit que : « Depuis 1800, avec des paliers et de brusques accélérations, le phénomène urbain a subi une poussée irrésistible. Les villes d'autrefois sont devenues de grandes villes, les grandes villes sont devenues des villes gigantesques, et le nombre total des villes s'est multiplié ». *Cf.* R. Rémond, *op. cit.*, T. 2, Éditions du Seuil, 1974, p. 159. L'auteur insiste également sur l'apparition en Europe de grandes mégalopoles comme Paris et surtout, comme Londres.

[332] J. Heffer et W. Serman, *Le 19ème siècle, Des révolutions aux impérialismes, 1815-1914,* Hachette supérieur, 2001, p. 27. Dans le même sens, R. Rémond insiste également sur l'apparition en Europe de grandes mégalopoles comme Paris et surtout, comme Londres. Mais on est encore bien loin des villes d'aujourd'hui pour lesquelles « *il a fallu forger des termes nouveaux, conurbation, mégapoles, mégalopolis, pour désigner ces agglomérations gigantesques qui s'étendent sur des centaines de kilomètres* ». *Cf.* R. Rémond, *op. cit.,* p. 160 ; V. également T. Maillet, *Le marketing et son histoire ou le mythe de Sisyphe réinventé,* Agora Pocket, 2010, p. 52.

L'urbanisation constitue un élément important dans la genèse de la société de consommation. T. Maillet écrivait en ce sens que : « *L'augmentation des populations urbaines, et la diffusion d'un mode de vie qui autorise un temps accru pour les activités culturels et de divertissement, nourrit la relation qui s'installe progressivement entre des producteurs de masse de biens comme de services, et des individus qui apprennent à devenir des consommateurs* »[333]. Un autre élément à souligner : cette nouvelle société urbaine connait une « *profonde mutation de la structure professionnelle de la population* ». L'industrie, le commerce et le transport[334] connaissent un développement important et parallèlement, le secteur primaire diminue petit à petit… C'est donc le mode de vie qui change peu à peu et ce de manière globale[335].

B. La révolution des transports et de l'industrie

111. - Propos introductifs. Tous ces changements sont liés les uns aux autres. Par que les gens sont plus nombreux, il y a plus de travail et inversement, il y a plus de travail donc on fait venir des gens en ville. Cela explique le développement des transports puisque la nécessité d'acheminer de la nourriture en quantité de plus en plus grande devient une préoccupation majeure. Mais dans le même temps, le développement des transports permet aux individus de s'installer en ville et de se mouvoir sur le territoire plus rapidement. Tout cela pour dire qu'il est difficile de présenter les choses de manière vraiment rationnelle ; on ne sait plus vraiment distinguer, au sein de ce « *magma confus* », les causes des conséquences[336].

---

[333] V. T. Maillet, *précité.,* p. 25.

[334] Pour la révolution des transports et de l'industrie, V. *infra,* n° 113. - 119. -

[335] On retrouve cette idée de changement généralisé dans l'ouvrage de R. Rémond : « *la croissance du phénomène urbain a entraîné la formation, puis la généralisation d'un nouveau mode d'existence : l'habitat, le travail, le loisir, les relations sociales, les croyances mêmes et les comportements s'en sont trouvés tour à tour affectés. Aussi l'étude du phénomène intéresse-t-elle tout à la fois l'historien, le géographe, le sociologue, l'économiste, le spécialiste du droit administratif, de la psychologie sociale, de la science politique. Peu de phénomènes dans le monde contemporain ont à ce point revêtu un caractère global qui affecte l'existence entière des individus comme des collectivités* ». V. *op. cit*., p. 161.

[336] MM J. Heffer et W. Serman expriment bien la complexité du problème lorsque, se fondant sur l'exemple des chemins de fer, ils écrivent que : « *De même, l'idée que les chemins de fer ont été le secteur de pointe qui a entraîné toute la modernisation de l'économie américaine ne paraît pas résister à l'analyse ; en fait, les voies ferrées ont été une réponse à l'expansion économique, plus qu'elles n'ont suscité l'industrialisation.* […] *Le développement économique est un phénomène trop complexe et trop diversifié pour se réduire à l'action dominante d'un seul secteur privilégié. Il faut faire intervenir dans l'analyse le commerce international, la création d'un réseau d'institutions financières, la généralisation de l'esprit d'innovation et d'entreprise, la politique suivie par les pouvoirs publics, les idéologies, l'offre et la demande de main-d'œuvre, etc.* » *Cf. op. cit.,* p. 36.

En fait, nous pensons que ces phénomènes sont à la fois causes et conséquences ! C'est toute la société qui se transforme et finalement, ces changements ne se font pas de manière isolés, ils viennent se poser comme « un tout » sur l'ensemble de la société, comme une « chape » et c'est sur ce solide revêtement que la société de consommation trouvera des fondements solides, un siècle plus tard…

112. - La croissance économique. Le monde avant le 19ème ne connait pas de croissance économique continue ; mais cela change au cours de ce siècle où : « *s'amorce une nouvelle ère qui ne devait pas connaître d'arrêt jusqu'à nos jours : celle de la croissance régulière, qui a permis une remarquable amélioration du niveau de vie* »[337]. Or, la croissance économique est indispensable à la consommation de masse et donc à la société de consommation[338]. Cette croissance suit « *un processus d'accumulation des capitaux* », une hausse de la production ainsi que de la productivité. Elle implique également de nombreux travaux d'infrastructure, en particulier dans le domaine des transports[339]. Cette croissance continue rejaillit sur l'organisation professionnelle comme nous l'avons montré tout à l'heure ; soit un développement des secteurs secondaire et tertiaire au détriment du secteur primaire [340] . Ce phénomène doit être rattaché à un autre phénomène capital : l'industrialisation. Le fait de parler de « révolution industrielle » montre à quel point il s'agit d'un véritable tournant de la société. Il convient donc de s'arrêter sur cette étape « phare » vers la consommation en masse, vers la société de consommation tout court.

113. - La révolution industrielle. La révolution industrielle commence en Angleterre à la toute fin du 18ème siècle ; mais c'est au 19ème qu'elle se répand sur le continent[341]. La

[337] Cf. J. Heffer et W. Serman, *op. cit.*, Hachette supérieur, 2001, p. 34 ; en ce sens également T. Maillet, *Le marketing et son histoire ou le mythe de Sisyphe réinventé,* Agora Pocket, 2010, p. 25 : *« l'enrichissement continu des pays européens et nord-américain au cours du 19ème siècle aide une part croissante de leur population à s'extraire progressivement de la seule économie de la subsistance…* ».

[338] D'ailleurs, des gens comme Walt Rostow théoriseront cette idée au 20ème siècle. V. *The Stages of Economics Growth.* La croissance mène, selon cette théorie, la société à son stade ultime : la consommation de masse !

[339] V. J. Heffer et W. Serman, *op. cit.*, Hachette supérieur, 2001, p. 34. Dans le même esprit, R. Rémond écrit que : « *les administrations s'emploient aussi à aménager la voirie, substituant le pavé ou l'asphalte aux revêtements antérieurs, ménageant des trottoirs en bordure de chaussées* », *Cf. op. cit.,* p. 168.

[340] Pour des chiffres, V. P. Bairoch, *Structure de la population active mondiale de 1700 à 1970, in* Annales ESC, septembre-octobre 1971, p. 965 ; dans le même sens, MM J. Heffer et w. Serman écrivent : « *La croissance n'a pu se faire que par un transfert de la main-d'œuvre de l'agriculture vers les deux autres secteurs* ». V. *op.cit.,* p. 37.

[341] V. R. Rémond, *op.cit.,* p. 118.

révolution industrielle se caractérise d'abord par le recours une énergie nouvelle : le charbon[342]. Mais c'est également la propagation notable du machinisme. C'est enfin l'utilisation du charbon aux machines[343]. La conjonction de tout cela entraine une croissance fulgurante de l'industrie, qui dispose, comme nous l'avons montré plus haut[344], d'une main-d'œuvre quasi inépuisable[345].

114. - Le machinisme. S'agissant du machinisme, il faut bien dire que c'est la productivité qui en profite, pas la condition ouvrière[346] ! Le rapport entre la production par ouvrier et unité de temps devient plus intéressant avec l'introduction des machines dans le travail. Par ailleurs, ce phénomène est voué à un développement exponentiel. Cela pour une raison simple : lorsque l'on introduit une machine à un bout de la chaine de production, le décalage entre les deux extrémités de la chaine entraine une saturation dans la production et il devient nécessaire de créer une nouvelle machine pour équilibrer la production sur l'ensemble du processus[347]. La mécanisation de l'industrie pénètre progressivement les différents secteurs d'activité. D'abord l'industrie du coton aux alentours de 1815, puis celle du tissage, de la laine[348]… Une alliance redoutable se fait alors entre rapidité et précision, ce

---

[342] *Ibid.*

[343] C'est ce qu'explique R. Rémond lorsqu'il indique (V. *Ibid*) dans son ouvrage que : « *L'application de cette énergie nouvelle [le charbon] au machinisme, constitue l'origine de la révolution industrielle dont la machine à vapeur est le symbole* ». Dans le même sens, MM Heffer et Serman exposent que : « *Elle [la révolution industrielle] correspond à la diffusion d'inventions techniques substituant la machine à l'habileté manuelle, la force de la vapeur à l'énergie humaine ou animale…* », V. *op. cit.,* p. 64

[344] V. *supra* n° 125. - et 126. -

[345] R. Rémond écrit à cet égard qu' : *« Ici se rejoignent deux phénomènes que l'on étudie souvent séparément : la croissance de l'industrie avec la concentration de main-d'œuvre autour des manufactures, usines, mines, et exode rural qui vide progressivement les campagnes de la population qui les congestionnait. Ces ouvriers d'origine rurale qui vont former les bataillons de l'industrie nouvelle, qui peuplent les manufactures, les ateliers…* ». V. *op. cit.,* p. 119.

[346] « *Il n'y a pas toujours, comme une version idéalisée donne à le penser, un allègement de la peine des hommes. Dans un premier temps, le travail industriel est au 19ème siècle plus pénible qu'avant* ». V. R. Rémond, *op. cit.,* p. 118

[347] MM Heffer et Serman écrivent à ce propos que : « *le problème posé excite l'esprit de recherche des ingénieurs et des techniciens ; la convergence des efforts finit en général par faire découvrir une solution pratique, qui souvent, à son tour, crée de nouveaux problèmes : le progrès prend une forme d'expansion illimitée* », d'où leur expression : « *Le progrès fait boule de neige* » ; pour ces citations, V. J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 64.

[348] *Cf.* J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 65.

qui accroit sensiblement la productivité. C'est dans ce contexte que les inventions se multiplient[349] ; on crée des machines qu'on améliore sans cesse.

115. - L'utilisation du charbon. On utilise très peu cette matière avant le 19ème[350]. Pourtant, le charbon va rapidement devenir « *le pain de l'industrie* ». En le brûlant, on produit la vapeur qui fournit l'énergie nécessaire pour faire fonctionner des machines. La productivité augmente de manière significative. Le charbon devient indispensable aux hommes qui en produisent de plus en plus… Pour ce faire une idée, les États-Unis produisaient, en 1810, 2 kilos tonnes de charbon anthracite et 160 kilos tonnes de bitumineux[351] ; en 1900, on passe à 52 033 kilos tonnes d'anthracite et à 192 571 kilos tonnes de bitumineux[352] ! Ainsi, le charbon constitue un soutien crucial à l'industrialisation et produit de l'énergie qui jusque là ne venait que de la force des hommes, des bêtes, ou de l'eau[353].

116. - La « seconde révolution industrielle ». L'expression désigne le passage à l'industrie électrique, dont l'influence est considérable et en tout cas supérieure à celle du charbon. Il est vrai que le phénomène électrique a été décrit bien avant le 19ème siècle[354] mais c'est à la fin de ce dernier que l'industrie commence à y avoir recours. Le terme « révolution » montre que l'électricité change la vie des gens au moins autant que celle de l'industrie[355]. Elle s'appliquera comme on vient de le dire à l'industrie, mais elle révolutionnera également un peu plus tard l'éclairage, les chemins de fer puis les foyers…

---

[349] A titre d'illustration, il est possible de citer la mise au point du métier à tisser par Jacquard (1801-1806), la machine mécanique à filer le lin et le chanvre par Philippe de Girard en 1810, la raboteuse circulaire de Bodmer et le marteau-pilon de Nasmyth en 1839, la machine à coudre de Singer vers 1850, le papier toilette de Gayetty en 1857, le vélocipède de Michaux en 1865, le phonographe d'Edinson en 1877, Rudolph Diesel met au point son premier moteur entre 1893 et 1897… Cf. J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 65, voyez également T. Maillet, *Le marketing et son histoire ou le mythe de Sisyphe réinventé,* Agora Pocket, 2010, p. 67 et s.

[350] En effet, on brûle du charbon dès le 11ème siècle…

[351] La classification se fait, pour ces charbons de hautes qualités, en fonction de la teneur en matières volatiles.

[352] *Cf.* J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 65.

[353] Sur l'importance du charbon à cette époque, voyez D. Roche, *Histoire des choses banales, Naissance de la consommation, 17ème-19ème siècle,* Fayard, 1997, p. 147 et s.

[354] Thalès de Milet décrivait déjà ce phénomène en 600 avant J-C. Mais on se rappelle surtout des expériences de Benjamin Franklin au milieu du 18ème siècle ainsi que ceux de Volta à la toute fin.

[355] « *Elle change la disposition des ateliers, permet la dispersion des usines de sous-traitance, provoque l'apparition de nouveaux produits (aluminium), transforme la vie quotidienne des habitants des villes* » ; « *Jusqu'à l'utilisation de l'électricité, les machines sont liées à leur moteur ; elles ne peuvent donc fonctionner à*

117. - Un produit nouveau : l'acier… Les historiens s'accordent sur le fait que : « *De tous les produits nouveaux du 19ème siècle, aucun ne compte autant que l'acier, qui combine les avantages respectifs du fer et de la fonte (plasticité, élasticité, dureté). C'est le produit de base de l'industrie lourde des biens d'équipement (machines-outils, navires, rails, armes, ponts, constructions, etc.) et de nombreux biens de consommations* »[356]. L'acier devient indispensable pendant le 19ème siècle ; il permet entre autre le développement du réseau ferroviaire. Les progrès technique et scientifique rendent possible la réponse à une demande de plus en plus forte[357]. En ce sens, la métallurgie constitue un secteur clef pendant toute la période d'industrialisation. L'apport du métal dans le domaine des constructions, des habitations[358] doit être souligné. Il permet des ouvrages plus grands[359], plus résistants (on va pouvoir armer le béton) et empêche également la propagation des feux[360]. Ce développement de l'urbanisation joue un rôle important dans l'apparition de la société de consommation. D. Roche écrit en ce sens que : « *La maison urbaine répond à des demandes diverses et inséparables. C'est un outil : elle abrite commerces, boutiques, bureaux.* […] *Sous les arcades des immeubles bordant le jardin, on retrouve tous les ingrédients d'une société urbaine qui s'ouvre à de nouvelles consommations : boutiques de luxe, magasins de modes, librairies, spectacles, limonadiers, restaurateurs ; partout l'on reconnaît le signe d'une sociabilité mobile, transformée en partie* »[361]. En somme, la maîtrise de l'acier constitue à elle seule une révolution. Il facilite le développement de l'industrie et l'urbanisation. De fait, l'acier a (indirectement) permis l'apparition de la société de consommation, il fallait en parler… Avant de dire quelques mots sur la révolution dans le domaine des transports, nous

---

un rythme autonome, à moins qu'on ne multiplie les investissements coûteux en machines à vapeur encombrantes. L'électrification, mieux que les systèmes de transmissions souples tels que l'air comprimé ou la pression hydraulique, assure l'autonomie d'alimentation de la machine et change le décor de l'usine ; les plus petits outils peuvent être actionnés par la nouvelle source d'énergie », *Cf.* J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 66 et 67.

[356] *Cf.* J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 66.

[357] Les travaux de Henry Bessemer en 1856 ont joué un rôle crucial dans la baisse du prix de l'acier, permettant sa diffusion. Il crée un procédé de production d'acier par affinage de la fonte. On cite aussi, généralement, les travaux de Thomas et Gilchrist en 1878 relatif à l'élimination du phosphore, V. J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 67.

[358] V. pour une analyse d'ensemble sur le sujet, D. Roche, *Histoire des choses banales, Naissance de la consommation, 17ème-19ème siècle,* Fayard, 1997, chap. IV.

[359] L'accroissement important de la population justifie des constructions plus importantes.

[360] Avant, c'est en pierre et en bois que l'on construit les maisons de l'époque, et le feu fait à cette même période des ravages dans les cités. La ville de Rennes a été complètement détruite au 18ème siècle par un incendie. V. D. Roche, *op. cit.,* p. 117.

[361] V. D. Roche, *op. cit.,* p. 115.

abordons une autre évolution importante, c'est l'apparition et le développement d'un cadre de travail nouveau : l'usine.

118. - Le renversement dans la répartition entre l'artisanat et le travail à l'usine. C'est toute l'organisation de la production qui évolue avec les usines ; organisation toujours orientée vers une productivité accrue. Une « *distribution rigoureuse des fonctions et l'institution d'une discipline sévère* »[362] permettent la réalisation de cet objectif. Le paysage connaît à cette époque de grandes métamorphoses. Cette sentence de Heffer et Serman l'illustre bien : « *de hautes cheminées, dominant un entassement de bâtisses d'une architecture austère, crachent dans le ciel une épaisse fumée noire, qui pollue l'atmosphère et salit les zones d'habitat ouvrier* »[363]. L'organisation du travail gagne se peaufine petit à petit mais on est loin des usines modernes telles qu'elles existent aujourd'hui[364]. Les usines permettant une production plus importante, elles influent nécessairement sur la consommation, qui s'accroît parallèlement[365].

119. - La révolution des transports. Nous avons essayé de montrer jusqu'à présent que la métamorphose du 19ème était globale, touchant tous les secteurs qui interagissent les uns les autres, provoquant d'importantes mutations. La révolution des transports s'inscrit dans cette logique. Elle est nourrie d'innovations techniques et scientifiques autant qu'elle a permis d'en faire. L'amélioration des moyens de se déplacer et de transporter des marchandises a par ailleurs grandement facilité la poussée urbaine évoquée plus haut[366].

120. - Les routes. Jusqu'à la moitié du 19ème siècle, ce sont les routes et les canaux qu'on améliore pour l'essentiel[367]. L'ingénieur écossais John Loudon McAdam met au point

[362] *Cf.* J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 67.

[363] *Ibid.*

[364] « *L'utilisation de transporteurs, de grues électriques, la constitution de chaînes d'assemblage linéaires marquent le passage véritable à l'usine moderne* », *Cf.* J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 69.

[365] V. en ce sens, T. Maillet, *Le marketing et son histoire ou le mythe de Sisyphe réinventé*, Agora Pocket, 2010, p. 68 : « *Le passage d'un travail artisanal à une production à la chaîne engage la standardisation du produit. Le prix commence à être homogène, car les nouvelles méthodes de production permettent d'aborder les notions de prix de revient* ».

[366] V. *supra*, n° 119. - et s.

[367] *Cf.* Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 45.

un système de recouvrement de revêtement des routes qui se répand dans toute l'Europe à partir de 1815[368]. La circulation des personnes et des marchandises gagne en rapidité et le coût des transports diminue.

121. - Le chemin de fer. Le symbole de la révolution des transports, c'est avant tout le chemin de fer. Si le rail et la machine à vapeur existent avant le 19ème siècle, c'est bien au cours de ce dernier que l'on voit apparaître l'association des deux. On doit l'expansion de ce moyen de transport à George Stephenson qui « *en démontre la rentabilité pour le transport de marchandises, comme des voyageurs, et résout empiriquement la plupart des problèmes techniques (tracés, terrassement, ouvrages d'art, signaux, alimentation en eau et en charbon* »[369]. Les efforts pour perfectionner le réseau ferroviaire poursuivent deux objectifs : la vitesse et la force. Il faut transporter plus et plus vite. Le chemin de fer s'avère vite être un moyen de transport très rentable qui sera perfectionner au fil du temps. Par surcroit, la construction des viaducs, des tunnels et des ponts permet de défier la nature et ses obstacles. Le réseau ferroviaire va connaitre pendant tout le 19ème un développement considérable. Ainsi, entre 1840 et 1906 en France, on passe de cinq cent kilomètres de voies ferrées sur le territoire à près de cinquante mille kilomètres[370] ! L'entreprise est titanesque et impliquera l'injection d'investissements colossaux[371].

122. - Le domaine maritime. Jusqu'au milieu du 19ème siècle, les routes maritimes sont dominées par la marine à voile. L'utilisation des navires à vapeur se développe à partir des années 1860[372]. L'utilisation de l'acier à la fin du 19ème siècle permet d'améliorer le rendement des navires ; cela permet des échanges commerciaux plus denses entre les nations. La circulation des personnes et des marchandises s'intensifie. Par ailleurs, l'accroissement des échanges maritimes rejaillit sur les investissements, notamment s'agissant de l'aménagement des ports.

---

[368] *Ibid.,* ainsi que Le Point, H-S n° 12, p. 62.

[369] *Cf.* Heffer et Serman, *op. cit.,* p. 46.

[370] *Ibid.,* p. 48

[371] « *Jamais encore, dans l'histoire du monde, ne s'était posé le problème du financement d'une pareille masse de travaux…* », *Cf.* Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 49.

[372] V. J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 46-47.

123. - L'apparition du télégraphe électrique[373]. Le développement des moyens de communication est une question qui doit être soulevée dans le cadre d'une étude consacrée à la genèse de la société de consommation. Le télégraphe, sous cet angle, constitue un véritable tournant. On doit cette invention à Morse, au milieu du 19ème siècle. Cette découverte permet la transmission d'informations quasi instantanément sur des distances plus importantes. MM Heffer et Serman décrivent l'importance de ce nouveau moyen de communication dans la genèse de la société de consommation : « *Les délais se réduisent à des minutes ou à des heures, au lieu de jours et de mois. Cette contraction de temps unifie le marché mondial à partir du moment où les fonds marins sont sillonnés de câbles* »[374].

124. - Révolution des transports et société de consommation. La densité et la rapidité des échanges commerciaux dépendent de l'avancement des moyens de transport. C'est pourquoi on peut ajouter que le 19ème siècle constitue un tournant. La circulation massive des personnes et des choses devient possible pour un prix toujours plus bas[375] et ce phénomène touche autant le secteur maritime que le secteur ferroviaire. Cependant, les chemins de fer finiront par l'emporter, forts d'une meilleure organisation et plus rapide[376]. En somme, tout se passe comme si le monde devenait « plus petit » et la société de consommation s'en réjouit ! La production et la consommation augmentent, renforçant le jeu la concurrence. La révolution des transports brise de fait le cloisonnement des marchés éloignés. Par surcroît, le développement des transports, par le biais d'investissements plus nombreux et plus importants, crée de l'emploi.

125. - Fil conducteur. La vie économique subit une mutation importante au 19ème siècle ; plus largement, la société continue sa marche vers sa forme actuelle : la société de consommation. L'artisanat fait place à l'industrie qui profite de moyen de production améliorés et d'une main-d'œuvre abondante. La masse de biens produite et consommée s'accroit sensiblement, la concurrence devient plus féroce et tout cela grâce à une circulation

[373] Il existait avant le télégraphe optique, moins performent. La première ligne de télégraphe optique est inaugurée en France en 1794. Voyez A. Mattelart, *Histoire de la société de l'information,* 4ème éd., La découverte 2009, p. 16.

[374] *Cf.* Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 47.

[375] Sur l'évolution des prix du fret, V. J. Heffer et W. Serman, *op. cit.,* p. 51.

[376] *Ibid.* Ce rôle crucial des chemins de fer dans le développement de l'économie a été relativisé et même contesté par l'économiste Américain Robert Fogel, prix Nobel en 1993.

plus intense concernant autant les personnes que les marchandises et les mots. MM Heffer et Serman résument bien ce changement au sein de la société lorsqu'ils écrivent qu' : « *au 19ème siècle, l'histoire semble soudain s'accélérer. L'ordre ancien est ébranlé par une succession de révolutions : démographique, économique, sociale, politique, culturelle. Les pays qui se développent alors sont encore aujourd'hui les plus riches et les plus libres* »[377]. Nous en venons maintenant à des évolutions, impalpables certes, mais tout aussi importantes dans l'apparition de la société de consommation : ces évolutions ont trait à la pensée libérale, en plein essor tout au long du 19ème siècle.

C. La révolution intellectuelle

126. - Un contexte favorable à l'essor de la pensée libérale. La pensée libérale va occuper une place centrale au cours du 19ème siècle. R. Rémond a pu écrire en ce sens que : « *le libéralisme est un des grands faits du 19ème siècle qu'il domine tout entier…* »[378]. L'auteur en arrive même à parler de « *l'âge d'or du libéralisme* »[379]. On retrouve ainsi les idées clefs exposées au 18ème siècle par Mandeville dans la fable des abeilles, puis par Hume, Smith ou encore Turgot[380], à savoir la promotion et la défense des intérêts et des initiatives des individus. Les penseurs libéraux du 19ème siècle donnent logiquement à l'État un rôle limité comme il le sera expliqué dans les lignes qui suivent. Cette tendance s'explique notamment par le chemin qu'a parcouru la philosophie des Lumières à cette époque ; l'expérience anglaise en matière de politique inspire sensiblement les intellectuels du 19ème siècle.

127. - La France : un cas particulier. Des courants contradictoires, des tensions se développent en France au cours du 19ème siècle. Ainsi, les auteurs expliquent que « *l'alliance des notables et de l'administration engendre un « libéralisme par l'État », et non contre*

[377] *Cf.* Heffer et W. Serman, *op. cit.,* quatrième de couverture.

[378] V. R. Rémond, *op. cit.,* p. 21.

[379] *Ibid.,* p. 102.

[380] V. *supra* n° 91.

l'État, qui est la marque française du libéralisme postrévolutionnaire »[381]. Associé à Guizot, ce libéralisme protecteur des intérêts de l'État domine la première moitié du 19ème et s'oppose à d'autres formes de libéralisme comme par exemple celui défendu par Mme de Staël et Benjamin Constant. Le 19ème siècle est un siècle mouvementé du point de vue politique : monarchies et républiques se succèdent et les libéraux, partisans de l'un ou l'autre bord, développent des idées différentes. Nous allons tenter de dresser une esquisse de cette pensée libérale. Seront présentées dans cette perspective la doctrine des auteurs les plus célèbres. Nous insisterons, pour l'essentiel, sur l'exemple français.

128. - Benjamin Constant. Né en 1767, Benjamin Constant représente une des figures emblématiques du libéralisme à la française[382]. Il fait partie du groupe d'intellectuels réuni par Mme de Staël au château de Coppet et c'est pendant son séjour en Suisse de 1795 à 1810 qu'il pensera son libéralisme politique[383]. Toute la pensée de Constant s'inscrit dans une volonté d'articuler démocratie et libéralisme. Les réponses qu'il propose seront réunies dans son ouvrage *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, paru en 1806. Benjamin Constant défend l'idée selon laquelle la Souveraineté doit être limitée et assurer dans le même temps la liberté à l'intérieur de la sphère privée[384]. Les droits de l'individu occupent donc une place centrale dans la pensée de Benjamin Constant et la garantie de l'effectivité de ces droits réside dans la canalisation du pouvoir du gouvernement. Cette préoccupation est intimement liée à une autre : à savoir la question de la légitimité de l'autorité gouvernementale[385]. Cette volonté de restreindre le champ d'action du gouvernement et d'empêcher ce dernier de s'immiscer dans « *l'existence individuelle* » se retrouve sous sa plume. Il a ainsi pu écrire qu' « *il y a, au contraire, une partie de l'existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante et qui est, de droit, hors de toute*

[381] V. L. Jaume, *Les textes fondamentaux du libéralisme, in* Le Point, H-S n° 12, p. 43.

[382] En fait, Benjamin Constant est d'origine suisse puisqu'il est né à Lausanne !

[383] Mme de Staël, fille de Necker, était une opposante de Napoléon Bonaparte. C'est d'ailleurs ce dernier qui l'a contraint à l'exil. Contre la monarchie absolue, le mouvement libéral qu'elle insuffle s'appuie sur la pensée des Lumières et le régime parlementaire anglais, fondé sur le *Bill of rights* signé par Guillaume d'Orange en 1688, V. Le Point, H-S n° 12, p. 62.

[384] *Cf.* T. Chopin, *Benjamin Constant et la souveraineté limitée, in* Le Point, H-S n° 12, p. 46.

[385] Sur ce point, Benjamin Constant rejoint en partie Rousseau en ce qu'il admet que la volonté générale légitime l'autorité mais il refuse l'omnipotence de cette dernière qui constitue, selon ses propres termes, « *la plus dangereuse des erreurs* » et une « *justification de tout despotisme* » ; en ce sens, la légitimité du pouvoir du souverain tient autant de son objet que de se source ; V. B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements,* par E. Hofmann, d'après les manuscrits de Lausanne et de Paris, Droz, 1980.

compétence sociale. *La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commence l'existence individuelle, s'arrête la juridiction de cette souveraineté. Si la société franchit cette ligne, elle se rend coupable de tyrannie et de despote qui n'a pour titre que le glaive exterminateur. La légitimité de l'autorité dépend de son objet aussi bien que de sa source. Lorsque cette autorité s'étend sur des objets hors de sa sphère, elle devient illégitime* »[386]. Constant reconnait par ailleurs l'impératif qui prescrit « *la participation au pouvoir par l'exercice du droit de suffrage la nécessité pour chacun d'exercer sa faculté de jugement critique à l'égard des décisions prises par le gouvernement* [ce qui] *constitue une garantie importante en faveur de la préservation des droits individuels* »[387].

129. - Jean-Baptiste Say. Souvent présenté comme « *l'économiste le plus célèbre et le plus influent de l'Hexagone* »[388], la présentation de sa doctrine constitue un passage obligé dans cette étude relative à la genèse de la société de consommation[389]. Say est né à Lyon en 1767 et il passe deux ans en Angleterre où il travail comme employé de bureau. Say est un intellectuel, mais on le connait également en tant qu'industriel du coton[390]. Inspiré par le libéralisme de Smith[391] et en accord avec la pensée de Benjamin Constant, Say pense que l'État doit avoir un rôle limité et particulier en matière d'économie[392]. Néanmoins, Say s'écarte sur plusieurs points de la pensée de Smith[393]. C'est le cas lorsque Say affirme que le travail n'est pas l'origine unique de la richesse. Les activités commerciales sont productives

[386] B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements,* par E. Hofmann, d'après les manuscrits de Lausanne et de Paris, Droz, 1980.

[387] V. T. Chopin, *loc. cit*. p. 48 ; V. également les propos de Benjamin Constant dans son discours De la liberté des anciens comparée à celle des modernes : « *Les peuples qui, dans le but de jouir de la liberté qui leur convient, recourent au système représentatif, doivent exercer une surveillance active et constante sur leurs représentants, et se réserver […] le droit de les écarter s'ils ont trompé leur vœux, et de révoquer les pouvoirs dont ils auraient abusés. […] Le danger de la liberté moderne, c'est qu'absorbés dans la jouissance de notre indépendance privée, et dans la poursuite de nos intérêts particuliers, nous ne renoncions trop facilement à notre droit de partage dans le pouvoir politique* ». On retrouve un petit peu l'idée d'un droit de résistance développée par Thomas Hobbes dans Léviathan. L'influence du libéralisme anglais se fait ici sentir.

[388] *Cf.* G. Dostaler, *Alternatives économiques,* Hors-Série n° 57, p. 106 ; dans le même sens : P. Steiner, *Jean-Baptiste Say : État et liberté des échanges*, *in* Le Point, H-S n° 12, p. 50 qui voit en J-B Say « *le chef de file de l'école libérale française en économie politique* ».

[389] L'hypothèse étant qu'il existe un lien entre la société de consommation et la pensée libérale.

[390] Il crée et dirige une filature de coton dans le Pas-de-Calais entre 1806 et 1812…

[391] C'est d'ailleurs A. Smith qui l'a initié à l'économie, V. G. Dostaler, *Alternatives économiques,* H-S n° 57, p. 107.

[392] Dans son Traité d'économie politique, Say écrivait que : « *L'intérêt personnel est toujours le meilleur juge de l'étendue du sacrifice et du dédommagement qu'on peut se promettre ; et quoique l'intérêt personnel se trompe quelques fois, c'est, au demeurant, le juge le moins dangereux, et celui dont les jugements coûtent le moins* ».

[393] Pour un résumé de celle-ci, V. *supra* n° 94.

au même titre que celles de l'agriculteur ou de l'ouvrier. Par ailleurs, Say pense que le prix des produits résulte du rapport qui existe entre l'offre et la demande. Au soutien de cette idée, G. Dostaler écrit que : « *l'économie est perçue comme un ensemble d'individus qui offrent et qui demandent* »[394]. Nous revenons brièvement sur cette proposition qui sera conceptualisée sous forme d'une loi : la loi des débouchées, aussi appelée loi de Say. Selon cette loi, « l'offre crée sa propre demande » ; « *c'est la production qui ouvre des débouchées au produit* »[395]. Autrement dit, pas besoin de stimuler la consommation, la production doit être au centre des préoccupations. Autre élément intéressant, le grand théoricien de l'économie reconnait la nécessité de la concurrence qui équilibre les intérêts particuliers[396]. Say est donc le défenseur d'un « *libéralisme tempéré* ». Il est attaché à la République et il voit déjà les dérives qui guettent la société, comme par exemple la domination du marché. Jean-Baptiste Say occupe une place importance au sein de la pensée économique libérale. Tantôt admiré, tantôt critiqué, force est de reconnaitre que nul ne l'a ignoré…

130. - Alexis de Tocqueville. Alexis de Tocqueville est indiscutablement un des chefs de fil de la pensée libérale du 19ème siècle, si ce n'est du libéralisme tout court. La pensée de Tocqueville part d'un constat : la démocratie est inévitable[397]. Pourtant, Tocqueville se méfie de celle-ci et de son corollaire : l'égalité des individus. Il faut rappeler que Tocqueville est issue de l'aristocratie[398] et la liberté est chère aux aristocrates… C'est confronté à cette tension que Tocqueville va formuler « *la question qui définit le libéralisme moderne* »[399] : comment assurer la liberté en démocratie ? Comment préserver la liberté dans une société fondée sur l'égalité ? C'est à partir de ces questions que Tocqueville va construire sa pensée et c'est pour tenter d'y répondre qu'il embarque en 1831 à destination des États-Unis. Le fruit de ses observations sera publié en 1835 dans son très célèbre ouvrage *De la démocratie en Amérique*. Tocqueville y développe un libéralisme démocratique original, un

[394] *Cf.* G. Dostaler, *Alternatives économiques,* Hors-Série n° 57, p. 108.

[395] *Cf.* J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, p. 138.

[396] « *Mais l'intérêt personnel n'offre plus aucune indication, lorsque les intérêts particuliers ne servent pas de contrepoids les uns pour les autres* », *Cf.* Traité d'économie politique.

[397] Il tire cet enseignement de la Révolution de 1830.

[398] Il est né dans une famille d'aristocrates Normands. Ses parents ont d'ailleurs été emprisonnés pendant la Révolution de 1789 et passent à un cheveu de l'échafaud. Sa grand-mère et son oncle n'auront pas cette chance… V. J.-M. Piotte, *Les Grands Penseurs du Monde Occidental, l'éthique et la politique de Platon à nos jours,* 3ème éd., FIDES, 2005, p. 379.

[399] Selon les termes de F. Mélonio, *Alexis de Tocqueville et la démocratie participative, in* Le Point, H-S n° 12, p. 52.

peu à l'image de celui défendu par Benjamin Constant[400] et qui lui assurera le « passage à l'histoire ». La pensée libérale de Tocqueville accorde une place importante à la « décentralisation », ce qui correspond à ce qu'on pourrait appeler la démocratie participative. Il est nécessaire dans le système de Tocqueville que les individus s'investissent dans la vie publique avec la même volonté que dans leurs affaires privées[401]. D'où le plaidoyer de Tocqueville en faveur de la décentralisation du pouvoir, ce que les Américains connaissent sous le nom de *self-government*[402]. Mais Tocqueville n'en voit pas moins les faiblesses du système américain. Il condamne notamment le sort réservé aux Indiens et aux Noirs aux États- Unis[403]. Ce constat conduit Tocqueville à défendre un contrôle des pouvoirs, à l'instar de ce que préconisait Montesquieu un siècle auparavant. Le système de Tocqueville propose donc de garantir les libertés de tous les individus, ce qui comprend les minorités. Tocqueville se dresse ainsi contre la tyrannie de la majorité[404]. Le travail de Tocqueville se caractérise donc par cette volonté de dépasser la tension entre liberté individuelle et démocratie et ainsi pouvoir concilier ces deux exigences. C'est dans le second Tome que Tocqueville tente de comprendre l'influence de la démocratie sur la société. L'auteur met ainsi le doigt sur les difficultés qu'entraine un tel système. Le danger majeur, selon Tocqueville, est de voir les

[400] V. *supra,* n° 118.

[401] En ce sens, V. *De la démocratie en Amérique*, éd. Garnier-Flammarion, 1981, préface F. Furet : « *Ce que j'admire le plus en Amérique, ce ne sont pas les effets administratifs de la décentralisation, ce sont ses effets politiques. Aux États-Unis, la patrie se fait sentir partout. Elle est un objet de sollicitude depuis le village jusqu'à l'Union entière. L'habitant s'attache à chacun des intérêts de son pays comme aux siens mêmes. Il se glorifie de la gloire de la nation ; dans les succès qu'elle obtient, il croit reconnaître son propre ouvrage, et il s'en élève ; il se réjouit de la prospérité générale dont il profite. Il a pour sa patrie un sentiment analogue à celui qu'on éprouve pour sa famille, et c'est encore par une sorte d'égoïsme qu'il s'intéresse à l'État* », *Cf.* T. 1, Première partie, chap. V, p. 162-163.

[402] En ce sens, Mélonio, *loc. cit.,* ainsi que J-M. Piotte, *op. cit.,* p. 406 : « *Tocqueville défend un État décentralisé, un État où les communes et les provinces exercent des pouvoirs qui ne relèvent pas de l'autorité centrale…* ».

[403] Sur ce point, V. J-M. Piotte, *op. cit.,* p. 393 à 397.

[404] « *Ce qui me répugne le plus en Amérique, ce n'est pas l'extrême liberté qui y règne, c'est le peu de garantie qu'on y trouve contre la tyrannie. Lorsqu'un homme ou un parti souffre d'une injustice aux États-Unis, à qui voulez-vous qu'il s'adresse ? A l'opinion publique ? c'est elle qui forme la majorité ; au corps législatif ? il représente la majorité et lui obéit aveuglément ; au pouvoir exécutif ? il est nommé par la majorité et lui sert d'instrument passif ; à la force publique ?la force publique n'est autre chose que la majorité sous les armes ; au jury ? le jury, c'est la majorité revêtue du droit de prononcer des arrêts : les juges eux-mêmes, dans certains États, sont élus par la majorité. Quelque inique ou déraisonnable que soit la mesure qui vous frappe, il faut donc vous y soumettre. Supposer, au contraire, un corps législatif composé de telle manière qu'il représente la majorité, sans être nécessairement l'esclave de ses passions ; un pouvoir exécutif qui ait une force qui lui soit propre, et une puissance judiciaire indépendante des deux autres pouvoirs ; vous aurez encore un gouvernement démocratique, mais il n'y aura presque plus de chance pour la tyrannie* », *Cf. De la démocratie en Amérique,* éd. Garnier-Flammarion, 1981, préface F. Furet, T. 1, P. 2, chap. VII, p. 350.

individus se retirer peu à peu de la vie politique[405]. Cajoler par un « *pouvoir immense et tutélaire* »[406] venant du dessus, les individus se voient peu à peu retirer l'usage de leur libre arbitre et deviennent par la même « *un troupeau d'animaux timides et industrieux, dont le gouvernement est le berger* »[407]. Tocqueville est devenu une référence incontournable de la pensée libérale après la seconde guerre mondiale. En effet, « *l'expérience du totalitarisme a donné au libéralisme inquiet de Tocqueville une pertinence renouvelée, si bien qu'il est devenu en Europe comme aux États-Unis une référence majeure des libéraux* »[408]. La pensée libérale et démocratique de Tocqueville a forcément joué un rôle dans la genèse de la société de consommation. Car la société de consommation a tout à voir avec le libéralisme et la démocratie. D'ailleurs, ce n'est probablement pas un hasard si Tocqueville devient une référence dès la fin de la seconde guerre mondiale, soit à peu près au moment où on situe la naissance de la société de consommation…

131. - John Stuart Mill. Lui aussi fait partie des « libéraux incontournables »… Il est le fils d'un philosophe et économiste à l'origine du radicalisme philosophique[409] ; mais c'est bien John Stuart Mill qui « *s'imposera comme l'intellectuel majeur de ce courant* »[410]. Ainsi, Mill va s'inspirer des idées défendues par Bentham et son père mais il complexifie sensiblement l'utilitarisme de ces derniers, en puisant chez des penseurs comme Auguste Comte ou encore Alexis de Tocqueville (cf. *supra* n° 46)[411]. On retrouve d'ailleurs dans la

---

[405] « *Je veux imaginer sous quels traits nouveaux le despotisme pourrait se produire dans le monde : je vois une foule innombrable d'hommes semblables et égaux qui tournent sans repos sur eux-mêmes pour se procurer de petits et vulgaires plaisirs, dont ils emplissent leur âme. Chacun d'eux, retirés à l'écart, est comme étranger à la destinée de tous les autres : ses enfants et ses amis particuliers forment pour lui toute l'espèce humaine ; quant au demeurant de ses concitoyens, il est à côté d'eux, mais ne les voit pas ; il les touche et ne les sent point ; il n'existe qu'en lui-même et pour lui seul, et, s'il lui reste encore une famille, on peut dire du moins qu'il n'a plus de patrie* », *Cf. De la démocratie en Amérique*, éd. Garnier-Flammarion, 1981, préface F. Furet T. 2, 4ème partie, chap. VI, p. 385.

[406] Selon les termes de Tocqueville lui-même, *Cf. Ibid.*

[407] *Ibid.,* p. 386.

[408] *Cf.* F. Mélonio, *loc. cit.* On songe par exemple à Raymond Aron qui s'inspirera beaucoup du libéralisme de Tocqueville.

[409] D'ailleurs, son père, James Mill, était ami avec Ricardo et surtout avec Bentham, fondateur de l'utilitarisme.

[410] *Cf.* G. Dostaler, *Alternatives économiques,* Hors-Série n° 57, p. 118.

[411] V. J-M. Piotte, *op. cit.,* p. 416 ; il semble que cette défiance à l'égard de la philosophie de son père a pour origine une « dépression » de Mill. Ce dernier devant faire face à une « *une crise intellectuelle, morale et affective, une crise psychologique qui l'amène à prendre conscience de l'univers des sentiments et des émotions, univers qui avait été négligé dans la formation étroitement rationaliste reçue de son père* ». V. dans le même sens et sur l'éducation particulière qu'à reçu Mill, G. Dostaler, *ibid.* ; V. aussi F. Lessay, Le Point, H-S n° 12, p. 56.

pensée de Mill des positions semblables. Par exemple, la nécessité d'un État minimal et la défense des libertés individuelles. On retrouve également le militantisme contre l'oppression des individus et des minorités[412]. De fait, toute l'œuvre de Mill s'inscrit dans cette volonté de concilier les libertés individuelles et la vie sociale[413]. Sur les libertés en question, Mill évoque la liberté de penser, la liberté d'association et surtout la liberté économique. S'agissant de cette dernière, Mill prône le « *laissez-faire* », comme Turgot[414]. Ainsi donc, l'État (ou le gouvernement) doit limiter son intervention dans les initiatives privées. Au contraire, son rôle est d' « *encourager l'autonomie et l'indépendance des individus, les conseiller et les informer, favoriser leur compétition, bref préférer la variété des expériences individuelles à l'uniformité de ses réglementations* »[415]. Cette règle constitue aux yeux de Mill un impératif et la seule option possible pour les gouvernements. On comprend ainsi l'apport de Mill à la pensée libérale et on voit comment les idées qu'il défend (en particulier sa philosophie du *laissez-faire*) permettent à la société de consommation d'émerger peu à peu et de trouver un fondement théorique solide.

132. - Fil conducteur. Le 19ème siècle constitue donc, comme nous avons essayé de le montrer, un siècle au cours duquel la pensée libérale se développe considérablement. Dans une approche globale, on pourrait dire que deux grandes idées reviennent : d'une part la volonté de limiter les interventions de l'État et d'autre part d'encourager, autant que faire se peux, les initiatives des individus. La réalisation de cet objectif passe par la défense de la liberté, liberté qui doit nécessairement être garantie par le gouvernement. On trouve ainsi les ingrédients indispensables à l'apparition de la société de consommation. Nous en venons à notre dernier point, à savoir l'apparition d'un nouveau mode de distribution des produits, technique nécessaire au déploiement de la société de consommation ; il s'agit de l'apparition des grands magasins.

---

[412] Il rejoint sur ce point la pensée de Tocqueville qui craignait comme lui l'oppression et le despotisme de la majorité. V. J-M. Piotte, *op. cit.,* p. 423.

[413] Mill voit bien les dangers de la démocratie et des progrès industriels qui peuvent mener à l'uniformisation des individus, ce qui n'est guère souhaitable. La encore, on ne peut s'empêcher le parallèle avec Tocqueville qui défendait également ce point de vue. V. J-M. Piotte, *op. cit.,* p. 423.

[414] V. supra, n° 95. Cette devise a sans doute inspiré la conception que défendra Hayek s'agissant de l'ordre spontané. Elle rappelle également l'idée qu'avait développée Adam Smith concernant la main invisible, voyez *supra* n° 94.

[415] *Cf.* J-M. Piotte, *op. cit.,* p. 426.

D. La révolution des grands magasins

133. - L'apparition des grands magasins au milieu du 19ème siècle. Le phénomène constitue un moment important dans la genèse de la société de consommation. En effet, on comprend sans difficultés que les grands magasins permettent une consommation en masse ; cela pour la simple raison que les produits qu'on y vend sont plus variés et en plus grand nombre. C'est pourquoi le grand magasin constitue « *une innovation commerciale majeure* »[416]. Ainsi, c'est à partir du milieu du 19ème que ces « temples » de la consommation apparaissent : le Bon Marché en 1852[417], les grands magasins du Louvre en 1855, le Bazar de l'Hôtel de Ville en 1856, le Printemps en 1863, la Samaritaine en 1865 et les Galeries Lafayette en 1893[418]. Ces magasins proposent une manière de consommer différente, et surtout à moindre coût. Le client peut toucher les produits qui sont à sa disposition, les prix lui sont indiqués[419] et il est libre d'aller et venir dans les rayons. Bref, tout est fait pour que le client se sente à l'aise[420] dans un endroit où tout ce dont il à besoin se trouve à disposition et en quantité quasi illimitée[421]. Un autre élément doit être souligné, parce qu'il concerne directement le sujet de la thèse. Ce sont les grands magasins qui, à l'époque, accorde la possibilité pour les consommateurs de rendre les produits qu'ils ont acheté et qui ne les satisfont pas[422]. En somme, les grands magasins changent l'allure des villes[423] et les

[416] Selon les termes de M-E Chessel, cf. *op. cit.,* p. 15.

[417] C'est le grand magasin le plus connu. La progression de son chiffre d'affaire est à souligner : de 450 kilo francs à sa création à 65 millions de francs en 1887 ; V. T. Maillet, *Le marketing et son histoire ou le mythe de Sisyphe réinventé,* Agora Pocket, 2010, p. 51.

[418] V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 15 ; ainsi que T. Maillet, *op. cit.,* p. 52.

[419] On met ainsi fin à la pratique du marchandage ; V. T. Maillet, *op. cit.,* p. 51.

[420] Le professeur Chessel écrit à cet égard que : « *ces « cathédrales » de la consommation, créations architecturales mettant en scène les produits dans un univers féerique…* », V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 16. Nous ajouterons aussi, au soutien de ce propos, que c'est dans ces grands magasins que l'on commence à organiser des évènements ayant pour objectif de séduire les consommateurs. Sur ce point, *Cf.* T. Maillet, op. cit., p. 51.

[421] L'idée sous-jacente est la suivante : il faut privilégier le volume des produits à la marge faite sur chaque produit. Il y a là un renversement notable par rapport aux pratiques des petits commerçants qui agissait en sens inverse. *Ibid.*

[422] V. *Ibid.* Comme quoi, les commerçants n'ont pas attendu que le législateur accorde aux consommateurs des « droits de rétractations » pour avoir eux-mêmes recours à cette technique. Est-ce pour protéger ces derniers de on ne sait trop quoi ou au contraire, les commerçants ont-ils compris avant bien des gens que l'octroi d'une telle faculté était susceptible de servir leurs intérêts ?

[423] T. Maillet écrit en ce sens que : « *La ville est le creuset de cette évolution qui consacre un marketing nouveau : la valorisation de la rencontre sociale et de l'exceptionnel, qui placent la consommation sur le piédestal de la fête permanente* », V. *op. cit.,* p. 52.

comportements des individus. Ce sont ces transformations qui inspireront Zola dans son livre *Au bonheur des dames,* publié en 1883.

134. - Un propos à nuancer. Certes, les grands magasins proposent des produits nouveaux en grande quantité et à des prix toujours plus bas. Cela permet matériellement une consommation en masse. Pourtant, on est encore loin de ladite « massification » ; la raison en est que pour consommer, il faut de l'argent. Or, au 19ème siècle, toute la population ne dispose pas des ressources nécessaires pour consommer. Il faut donc relativiser le rôle des grands magasins dans l'émergence de la société de consommation[424]. Les historiens rappellent à juste titre que beaucoup de détaillants vont également s'adapter à la société nouvelle : « *A partir du 18ème siècle, des boutiques spécialisées, de plus en plus nombreuses, transforment leur intérieur et leur vitrine, mettent en scène certains produits emballés ou habituent les consommateurs à se servir eux-mêmes* »[425]. Par ailleurs, les foires et les marchés[426] sont encore le lieu de prédilection des échanges commerciaux dans le milieu rural[427].

135. - La consommation au 19ème siècle ; reflet d'une distinction de classe entre bourgeois et ouvrier. Les grands magasins de l'époque restent encore peu fréquentés au 19ème siècle. Ils attirent les bourgeois qui ont de l'argent pour consommer mais ces derniers achètent encore beaucoup de produits ailleurs que dans les grands magasins[428]. Par surcroît, le monde ouvrier n'est pas apte à pouvoir « consommer ». D'ailleurs, il est plutôt question d'encourager les pauvres à épargner : « *Enrichissez-vous par le travail et par l'épargne* », disait le grand ministre de la monarchie de juillet François Guizot ! En somme, les classes populaires ne disposent pas encore des ressources nécessaires pour participer à la consommation en masse. Les dépenses des ménages de l'époque sont essentiellement

---

[424] A cet égard, le professeur Chessel écrit que : « *La prétendue évolution linéaire qui irait de la boutique poussiéreuse au grand magasin moderne et lumineux a été partiellement construite par certains petits détaillants pour des raisons politiques au début du 20ème siècle. Elle doit être à présent relativisée : le grand magasin fut sans doute moins important que ce qu'en disait Zola et ses contemporains* ». V. M-E Chessel, op. cit., p. 17.

[425] *Ibid.*

[426] V. *supra,* n° 90.

[427] V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 17.

[428] « *la culture matérielle des consommateurs bourgeois ne se réduit pas aux achats de nouveautés qu'ils font dans les grands magasins. Elle comprend aussi les objets qu'ils produisent eux-mêmes ou qui leur sont donnés, ceux dont ils héritent ou encore ceux qu'ils achètent dans les ventes aux enchères* ». V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 18.

engagées dans l'alimentation, et le reste est réparti entre les vêtements et l'habitat[429]. Du coup, la société de consommation ne peut pas encore se déployer et atteindre la forme qu'on lui connait aujourd'hui. Il faudra attendre le début du 20ème siècle pour voir les classes populaires s'enrichir et accéder, petit à petit, à ladite société de consommation.

136. - Les progrès en matière de communication et l'émergence du marketing. Comme on vient de le voir, les modes de distribution des produits et des services évoluent, notamment avec l'apparition des grands magasins. Mais en parallèle, des évolutions majeures interviennent dans le domaine de la communication, de la publicité, et ce à partir de la fin du 19ème siècle. Plus précisément, c'est aux alentours de 1860 que le marketing apparaît, permettant d'établir un lien entre les producteurs et les « consommateurs »[430]. La presse connait un développement important à cette époque[431] et « *les éléments essentiels du marketing sont ainsi réunis en un court laps de temps. Une nouvelle industrie de la presse et de l'édition est constituée…* »[432]. Ces changements participent de manière considérable à la genèse de la société de consommation, dans la mesure où le « *marketing apparaît comme une méthode liée à une diffusion de masse* »[433].

137. - L'apparition d'une nouvelle figure : le consommateur. C'est dans ce contexte qu'apparaît une figure nouvelle : la figure du consommateur. Le terme n'existe pas encore au sens où on l'entend aujourd'hui mais quoiqu'il en soit, le constat est que : « *le rôle du consommateur devient essentiel dès les années 1880* »[434]. Des groupements de consommateurs voient alors le jour et se fixent pour objectif de défendre les intérêts de ces

[429] A titre d'illustration, nous renvoyons le lecteur aux enquêtes de Frédéric Le Play (1806-1882), publiées dans *Ouvrier des deux mondes*. L'auteur étudie les comportements de consommation des classes populaires et observe qu'en moyenne, 60% du budget ouvrier est affecté à l'alimentation, 16% dans les vêtements et 12% dans l'habitat (le reste concerne les dépenses diverses…).

[430] *Cf.* T. Maillet, *op. cit.,* p. 61.

[431] L'État joue alors un rôle important dans la genèse de la société de consommation « *en libéralisant le marché de la presse avec la suppression du droit de timbre en 1870* », V. *Ibid.* p 63.

[432] *Ibid.* p. 65.

[433] *Ibid.* p. 67.

[434] *Ibid.* p. 71.

derniers[435]. On prend donc conscience à cette époque de la « *nécessité de défendre les droits du consommateur* »[436].

138. - Fil conducteur. Nous avons essayé de montrer que le 19ème siècle constitue une étape importante dans la marche vers la société de consommation. Des progrès essentiels sont réalisés dans le domaine des sciences et du transport. De nombreuses inventions permettent le développement des outils de production et de perfectionner l'aménagement des entreprises. La pensée libérale conforte aussi sa place au sein de la pensée économique. Parallèlement, les techniques de communication s'améliorent et la publicité suit le mouvement. La figure du consommateur émerge petit à petit et on se dirige doucement vers « la société de consommation ».

[435] La première « Ligues d'acheteurs ou de consommateurs est créée en 1887 à Londres et ce phénomène de regroupement s'étend peu à peu dans toute l'Europe… *Cf. Ibid.*

[436] *Ibid.*

Section 2
Le 20ème siècle ou la marche ultime vers la société de consommation

139. - Avant d'aller plus loin. Le point de départ de notre réflexion était une hypothèse, hypothèse selon laquelle le droit de la consommation était indéfectiblement lié à la société de consommation ; il en est même issu. Le droit de la consommation est un droit du marché, dans une société de consommation en masse. Dès lors il nous semble que l'émergence d'une législation en matière de consommation dans les années soixante-dix, soit à peu près en même temps que le moment où « explose » ladite société de consommation, n'est pas le fruit du hasard. Comme si le droit de la consommation était une réaction, il se développe dans un contexte où le droit civil ne parait plus apte à répondre aux problèmes d'une société nouvelle et dans laquelle la figure du consommateur est devenue centrale. Autrement dit, le projet civiliste s'incarnant dans le Code Napoléon[437] n'est pas le projet que s'est fixé la société de consommation. Revenir sur les origines de cette société de consommation a rendu possible la mise en lumière des premières pierres de ce projet nouveau. L'intérêt individuel va être mis sur le devant de la scène[438], favorisant la *Richesse des nations*[439], il se met au service du bien commun, d'un intérêt collectif essentiel. Les valeurs à l'époque bien ancrées de la pensée judéo-chrétienne semblent concurrencées par des préceptes nouveaux : de la vertu au vice, de la charité à l'égoïsme ou du nécessaire à l'abondance et au luxe. Les mentalités changent dans cette seconde moitié du 18ème siècle et le mouvement s'accélère au 19ème, où l'on observe par ailleurs des avancées techniques indispensable à la société de consommation. Pendant la première moitié du 20ème siècle, deux guerres mondiales empêcherons la société de consommation devenir le modèle dominant (§1). Il faudra attendre la fin de la seconde guerre pour que le système se mette en place et la fin de la guerre froide pour qu'il l'emporte définitivement sur le modèle soviétique (§2).

[437] Et dont l'étude fera l'objet du titre 2.

[438] Rappelons nous la *Fable des abeilles,* V. *supra,* n° 91.

[439] Qui implique un État qui produit des richesses, qui s'appuie sur une économie de production, et non de conquête.

§ 1. La première moitié du 20ème siècle ou l'impossibilité de l'ancrage de la société de consommation

140. - Paris en 1900, une ville à l'image du progrès. La capitale française, au tout début du 20ème siècle, est à l'image des nombreux progrès qui ont été fait jusqu'alors. Le professeur Chessel souligne l'importance de cette époque lorsqu'elle écrit : « *Les années 1890-1900 constituent une période phare dans l'histoire de la consommation : nouveaux et anciens produits, agricoles et industriels, se diffusent, grâce à des progrès dans la production, les transports, la distribution et la vente.* […] *En France, au début du 20ème siècle, les transformations économiques et culturelles qui retiennent l'attention sont celles, très visibles, de Paris. Après le premier salon du vélo (1869) et celui de l'automobile (1898), l'Exposition universelle de 1900 illumine la ville et expose un grand nombre de techniques et d'objets. Affiches, posters et enseignes lumineuses transforment la grande ville* »[440]. Nait à cette époque une « *nouvelle culture de consommation* »[441]. Précisons qu'une loi importante est votée en matière de consommation à cette époque ; il s'agit de la loi de 1905 sur les fraudes et falsifications alimentaires. Mais cette loi procédait plutôt d'une volonté régulatrice des pratiques commerciales que d'un souci de protection[442]. Le début du 20ème siècle constitue aussi un moment où l'industrie développe la standardisation des produits.

[440] V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 20 ; dans le même sens T. Maillet, *op. cit.,* p. 80 : « *En France, le leadership des industries de l'automobile et du cinéma avant la Première Guerre mondiale doit donc autant aux valeurs culturelles attachées à Paris qu'à l'éventuelle supériorité intrinsèque des voitures comme des films* ».

[441] *Cf. Ibid.*

[442] Au soutien de cette position, M-E Chessel, *op. cit.,* p. 35 « *Ainsi, la loi de 1905 sur la répression des fraudes dans le secteur alimentaire visait surtout à réguler les pratiques des producteurs et des marchands de produits alimentaires* » ; T. Maillet, *op. cit.,* p. 83 ; V. enfin A. Stanziani, *Alimentation et santé sous la IIIe République (1870-1914) in Au nom du consommateur, Consommation et politique en Europe et aux États-Unis au 20ème siècle*, A. Chatriot, M-E Chessel et M. Hilton (sous la dir.), éd. La découverte, p. 135 et s., V. en particulier p. 147-148 où l'auteur écrit que : « *C'est là une explication claire du lien entre normes et marché aux yeux des créateurs de la loi de 1905. Cette loi sert essentiellement à discipliner l'économie, en assurant des transactions loyales. La protection de l'hygiène publique n'est qu'une conséquence éventuelle, mais pas recherchée, de ces mesures. De ce fait, la loi doit avant tout assurer la circulation de l'information sur le produit. Le consommateur est ensuite libre d'acheter ce qu'il souhaite. Cette approche va résister presque jusqu'à nos jours* ». Nous reviendrons sur ce que cela peut signifier.

141. - La standardisation des produits. Le mouvement de standardisation de la production est lancé dès la fin du 19ème, nous l'avons vu, notamment avec le développement du machinisme[443]. Néanmoins, il s'amplifie au début du 20ème siècle. Rendue possible par l'industrialisation, la standardisation favorise l'essor des grandes entreprises durant cette période d'avant guerre. A l'appuie de cette idée, T. Maillet écrit que : « *Un grand nombre de ces entreprises devait d'ailleurs leur succès à la standardisation de leur unique produit (Ford et le modèle T, Coca-Cola et sa seule et fameuse bouteille, L'Oréal et sa laque), leur permettant la simplification des processus de production, de distribution et de communication* »[444]. Cette puissance accrue des industriels va amener l'État à prendre en considération, dans ses interventions, la canalisation de cette puissance ; il devient nécessaire de « contrôler » l'activité des producteurs au sein du marché[445]. Quoiqu'il en soit, la propagation de la standardisation des produits consolide les fondements de la société de consommation.

142. - L'évolution du marketing, « le consommateur est roi »[446]. L'enjeu pour les entreprises étant toujours le même : à savoir la réalisation d'un profit maximum, on commence, au début du 20ème siècle, à étudier les comportements du consommateur. Le marché est devenu plus grand, les consommateurs plus nombreux et surtout, différents les uns des autres. Aussi se développent les études consacrées à la compréhension de cette figure nouvelle : le consommateur[447]. Les travaux de Charles Coolidge Parlin, sur les grands magasins ou encore le secteur automobile, en témoignent[448]. A cet égard, T. Maillet explique que : « *Les résultats de ses études l'amenèrent à la conclusion que les entreprises gagneraient en efficacité si elles approfondissaient leur connaissance du consommateur et*

[443] V. *supra* n° 104.

[444] *Cf.* T. Maillet, *op. cit.,* p. 82.

[445] « *Dorénavant, il devenait nécessaire d'encadrer la libération de la production et notamment d'éviter les innombrables fraudeurs, connus sous le nom de charlatans* », V. T. Maillet, *Ibid.*

[446] La formule vient de Charles Coolidge Parlin, initiateur des études de marché. V. T. Maillet, *op. cit.,* p. 87.

[447] *Cf.* T. Maillet, *op. cit.,* p. 87 : « *Les premières études de marché allaient être engagées dans les années 1910 et une nouvelle discipline prend forme : l'étude du comportement du consommateur. Cette meilleure connaissance des marchés était attendue par des entreprises qui, en s'internationalisant, demandaient naturellement une compréhension plus fine de marchés qui hier leur étaient totalement inconnus, puisque étrangers* ».

[448] V. *Ibid.* L'auteur rappelle également que c'est à cette époque (en 1908 pour Harvard) que les *bisness school* sont crées aux États-Unis et on s'intéresse, dans ces *bisness school*, au comportement du consommateur.

notamment ses motivations d'achats »[449]. Cette préoccupation de comprendre le consommateur se retrouve dans le secteur de la communication. Les publicitaires cherchent à adapter leur discours grâce à de telles études. Cette émulation globale nourrit la société de consommation qui s'installe peu à peu, mais la Première Guerre mondiale va mettre un frein à cette évolution, jusqu'alors continue.

143. - La consommation en France à partir de l'entrée en guerre. Le but ici n'est pas de faire une étude sur la Première Guerre mondiale[450] mais simplement de comprendre l'influence de cette dernière sur le phénomène de la consommation. Avec cette idée à l'esprit, il est intéressant de remarquer la nécessité pour l'État d'intervenir en période de guerre. La question des ressources est alors primordiale et impossible pour l'État de l'ignorer. Ainsi, on instaure durant la Première Guerre mondiale un système de ravitaillement. L'État contrôle ainsi la consommation et tente tant bien que mal de gérer la crise[451]. Par ailleurs, l'État édicte différentes lois destinées à réguler l'activité économique en ces temps difficiles. Le professeur Langlinay écrivait sur ce point que : « *L'appareil législatif destiné à contrôler la vie économique n'a jamais été aussi important en France* »[452]. Les années de guerre se caractérisent donc par une intervention importante de l'État en matière de consommation ; intervention justifiée par la gravité de la situation. Notons que l'application de la doctrine libérale, s'agissant du rôle de l'État, est difficile dans un tel contexte. On a ainsi pu observer un recul global du libéralisme[453]. En somme, l'essor de la consommation connait un ralentissement[454] ; reculer pour mieux sauter ?

---

[449] *Ibid.* p. 88.

[450] Pour une telle étude, V. R. Rémond, *op. cit.,* T. 3, p. 15 et s. avec notamment la question des causes de la guerre, ainsi que celle de ses caractères.

[451] V. à cet égard E. Langlinay, *Consommation et ravitaillement en France durant la Première Guerre mondiale (1914-1920) in Au nom du consommateur, op. cit*., p. 29 et s. En particulier p. 32 : « *Face au premier choc de la guerre et à la désorganisation qui s'ensuit, les pouvoirs publics suscitent des organisations de gestion du ravitaillement. Prévue dans le cadre d'une guerre courte, cette première politique du ravitaillement se doit de gérer une crise de subsistance. La perte, dès les premières semaines de la guerre, d'une dizaine de départements du Nord-Est de la France oblitère une bonne partie du potentiel industriel et agricole, et exerce une contrainte lourde sur l'économie et la consommation pendant les quatre années de guerre* ».

[452] *Cf.* E. Langlinay, *précit.,* p. 41.

[453] Au soutien de cette idée, R. Rémond (*op. cit.,* T. 3, p. 44-45) écrit : « *les maximes traditionnelles de l'État libéral, jusque-là reconnues et respectées, ont cessé d'être viables pendant la guerre. La philosophie libérale cantonnait l'État dans un domaine très restreint : maintien de l'ordre, exercice de la justice, relations extérieures, défense nationale. Pour le reste, la puissance publique devait s'abstenir de s'immiscer dans un domaine qui relevait de l'initiative privée. La guerre a partout obligé l'État à sortir de ce rôle, à mobiliser non*

144. - La consommation dans l'entre-deux guerres. Au lendemain de la Première Guerre mondiale, « l'élan de massification » regagne en intensité[455]. Petit à petit, les gens consomment plus, et de plus en plus de choses. On se dirige ainsi tout doucement vers la société de consommation en masse telle qu'on l'a connait aujourd'hui, même si on en reste encore assez loin. Du point de vue de la consommation donc, la guerre n'a pas eu que des effets néfastes, les grands industriels ont su tirer leur épingle du jeu, en sortant du conflit mondial encore plus fort qu'avant[456]. Par surcroît, lesdits industriels ont souvent bénéficié d'aide de l'État, ce qui a largement contribué à leur développement[457]. Le secteur automobile français en l'un des grands symboles de ce développement, si ce n'est le « *symbole d'une nouvelle civilisation de masse* »[458]. L'automobile se démocratise : la Ford T par exemple, passe de 850$ à 360$ entre 1908 et 1916. Cela parce que les industriels adaptent leurs moyens de production à la société nouvelle. On retrouve à cette époque l'idée qu'il est plus rentable de produire énormément et de limiter la marge faite sur chaque produit[459]. T. Maillet se joint à la proposition en écrivant : « *Le basculement d'une stratégie de croissance assise sur une marge élevée et un nombre réduit de produits, dite de valeurs, à une stratégie de volume*

---

pas seulement les hommes pais aussi les ressources matérielles. La nécessité en est imposée par l'efficacité, le désir de gagner la guerre, mais aussi par le souci de justice et l'obligation du minimum d'équité indispensable à la cohésion morale de la nation. L'État a donc dû prendre en main la direction de l'économie, réglementer les activités, mobiliser toutes les ressources… ».

[454] On peut peut-être ajouter que ce ralentissement ne connait pas la même intensité d'un côté ou de l'autre de l'Atlantique. En effet, aux États-Unis, et « *alors que l''Europe se remet difficilement de la Grande Guerre, le construction de la société de consommation de masse se poursuit dans les années 1920* » ; V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 25.

[455] Au soutien de cette assertion, T. Maillet, *op. cit.,* p. 90 : « *La Première Guerre mondiale fut la première guerre des masses […] Cet élan de massification va se poursuivre durant les années de paix. La production, la consommation (les marques), la distribution (les supermarchés), la médiatisation (les masses-médias), la financiarisation (l'accès au crédit à la consommation) et enfin de nouvelles images communes qui émergeront de cette nouvelle société grâce au cinéma ; tout est masse, tout est puissance comme le suggéra Elias Canetti…* » On vient bien, à la lecture de cette sentence, combien l'évolution est tournée vers la massification. L'auteur rejoint ainsi Canetti qui défendait cette idée dans *Masse et Puissance*, Paris, Gallimard, 1966.

[456] Ce qui s'explique entre autre par le fait que ces grands industriels ont travaillé pour l'industrie de la guerre et se sont donc considérablement développés… V. T. Maillet, *Ibid.*

[457] Pour une illustration, V. P. Fridenson, *L'Histoire des usines Renault*, T. 1, Paris, éd. Seuil, 1974 : « *A la faveur de la guerre, des liens se nouent entre l'État et les usines Renault, et leur production s'accroit fortement. Pendant la guerre, le nombre de machines-outils double, la surface bâtie qu'occupent les usines Renault fait plus que doubler et les effectifs passent de 4400 en 1914 à 22000 en 1918 […] Cette production de guerre a entraîné des changements profonds chez Renault : la méthode Taylor est approfondie, une comptabilité industrielle est adoptée et l'appareil productif s'adapte à grande échelle* » ; également T. Maillet qui évoque aussi l'exemple du textile et des fournisseurs en vêtements de l'armée ayant fait fortune grâce à la guerre et aux contrats de fournitures conclus avec les armées, *Ibid.,* p. 91.

[458] Selon l'expression de T. Maillet, *op. cit.,* p. 92.

[459] Nous avons observé une conception similaire lors de l'étude relative à l'apparition des grands magasins qui compensaient une marge nominale plus faible par un nombre de produit vendu plus grand. V. *supra,* n° 133. -

fondée sur une production massive de biens de consommation offerts à des prix bas, est symptomatique de la période de l'immédiat après-guerre »[460]. Ces stratégies commerciales favorisent l'émergence d'une consommation en masse, puisque liées à l'idée de rentabilité, de profit.

145. - Toujours plus de consommateurs… Les gens sont de plus en plus nombreux à accéder à la consommation, et cela s'observe également pendant l'entre-deux guerre, à partir de la fin des années vingt. Ce constat s'explique notamment par le développement de magasins qui, en appliquant les stratégies ci-dessus évoquées, donnent à de plus en plus de personnes la possibilité de consommer[461]. Leur rôle dans l'essor du phénomène de consommation est important, et M-E Chessel, au soutien de cette observation, écrit que : « *Ces magasins, appelés « grands magasins de pauvre », prennent leur envol pendant la crise économique. Malgré les critiques, ils font évoluer les pratiques d'achat et de consommation* »[462]. Mais d'autres évolutions doivent être évoquées, notamment s'agissant de nouvelles stratégies commerciales…

146. - Évolution des stratégies commerciales. Nous avons essayé de montrer plus haut que la standardisation des produits, ainsi que la maîtrise des coûts avaient favorisé l'émergence de la société de consommations[463]. Rappelons que le but ultime des industriels est de dominer le marché et l'application de telle où telle stratégie commerciale n'est pas anodine, elle doit permettre la réalisation d'un profit maximum. A cette époque, le succès de Henry Ford force l'admiration et sa domination sur le marché de l'automobile est

---

[460] *Cf. op. cit.,* p. 93.

[461] En ce sens, V. M-E Chessel, *op. cit.,* p 24-25 : « *En France, de nouveaux espaces destinés aux achats des consommateurs moins aisés apparaissent néanmoins.[…] A la fin des années 1920, les fondateurs de grands magasins français ouvrent eux aussi des « magasins à prix unique » pour une clientèle populaire[…] Ces magasins, situés dans des arrondissements périphériques de Paris ou dans des petites villes, offrent un assortiment réduit de produits dans des gammes de petits prix ; les objets sont disponibles dans des boîtes en libre-service et le personnel reste en caisse. L'accent est mis sur la valeur d'usage de l'objet et le consommateur est appelé à comparer les prix* ».

[462] *Cf. Ibid.* ; T. Maillet insiste également sur l'idée que « *la distribution généraliste accélère la diffusion de la production de masse* » et il s'appuie lui aussi sur le développement de ces magasins à prix unique en écrivant que : « *Dans l'hexagone, le démarrage de ces nouveaux magasins est une diversification des grands magasins. En 1928, les Galeries Lafayette lancent Monoprix, avec l'assistance de la chaîne allemande Karstadt* […] *De son côté, le Printemps fonde Prisunic en 1931 et Uniprix est lancé par Les Nouvelles Galeries en 1932* », V. *op. cit.,* p. 113-114.

[463] V. *supra*, n° 141. -

incontestable ; or, Henry Ford a fondé sa stratégie sur l'idée de standardisation[464]. Mais certains « visionnaires » vont comprendre qu'il est préférable d'innover que d'imiter. C'est le cas d'Alfred Sloan, devenu directeur de General Motors en 1923. Pour concurrencer Ford sur le marché, Sloan va élaborer une nouvelle stratégie commerciale fondée sur l'idée de segmentation. Lorsque Ford propose la même chose pour tous, Sloan segmente et adapte les offres aux profils. Les parts de marché peu à peu reconquises par Sloan sur son grand rival, Henry Ford, témoignent de l'efficacité de cette stratégie dans une société où la consommation devient massive[465].

147. - Évolution de la consommation culturelle ; le cinéma, la radio… C'est également pendant l'entre-deux guerre que de « nouvelles consommations culturelles » font leur apparition et l'impact de cette évolution sur l'émergence de la société de consommation doit être souligné[466]. Le propos peut être illustré par deux exemples assez significatifs : le cinéma et la radio. En effet, le cinéma, comme la radio, met les gens en relation les uns avec les autres, il devient plus facile de faire passer des messages aux consommateurs qui se familiarisent petit à petit à la nouvelle société de consommation[467] et « *l'industrie publicitaire profite de cette riche combinaison d'un nouvel imaginaire (les films) et de nouveaux supports de diffusion (la radio), pour entamer sa croissance dans un rôle dans un rôle de médiation qu'elle ne cessera d'affirmer* »[468]. En somme, les systèmes de communication progressent

---

[464] V. T. Maillet, *op. cit.,* p. 99.

[465] « *Sous la direction de Alfred Sloan, la part de marché de la General Motors passe de 15% en 1921, à 30% en 1926 et à plus de 40% en 1928. Au-delà du seul marché automobile, son savoir-faire de gestionnaire enrichit la discipline du marketing. Les notions de segmentation par le prix et par le profil du consommateur, ou encore d'obsolescence organisée et de gestion de gamme de produits, n'étaient en rien limitées ç l'industrie automobile, mais au contraire applicables à bien d'autres secteurs d'activités. Ces nouveaux apports du marketing furent un succès, car ils entraient en résonance avec les attentes du consommateur américain. Celui-ci souhaitait dépasser la seule dimension utilitariste à laquelle resta trop longtemps attaché le leader du marché, Henry Ford* », V. T. Maillet, *Ibid.* ; également p. 107 : « *La crise de 1929 va montrer les limites de la seule dimension utilitariste de la consommation. La reconnaissance de cette insuffisance […] inaugure une dimension supplémentaire à la société de production. La discipline du marketing va intégrer cette reconnaissance de l'esthétique des produits et du goût du consommateur pour juguler les effets récessifs de la saturation des marchés issus de la banalisation des produits, elle-même le fruit de leur standardisation excessive* ».

[466] En ce sens, M-E Chessel, *op. cit.,* p. 26 : « *Dans l'entre-deux guerre et surtout les années 1930, la diffusion généralisée des moyens de reproduction et de communication stimule de nouvelles consommations culturelles. La presse, la radio, le cinéma et le disque posent les fondations d'une culture de masse* ».

[467] V. R. Loewy, *La laideur se vend mal,* Paris, Gallimard, 1963, p. 182 : « *Le cinéma aide à vendre, également, des millions d'appareils ménagers et d'objet que madame ou monsieur ont vus au cinéma…* ».

[468] V. T. Maillet*, op. cit.,* p. 101 ; dans le même sens, M-E Chessel, *op.cit.,* p. 27 qui, s'agissant de la radio, explique que : *« Les auditeurs, qui consomment aussi d'autres produits, constituent enfin une cible pour la publicité radiophonique* ».

énormément la circulation des idées se densifie sensiblement. Tout cela favorise indiscutablement l'apparition de la société de consommation en masse. En effet, la communication en masse grâce au cinéma et la radio, invite à une consommation en masse. La célérité devient un objectif pour les industriels[469]. On retrouvera des évolutions similaires et encore plus importantes avec l'apparition de la télévision et surtout d'internet ! La période d'entre-deux guerre constitue donc, comme nous venons de le voir, une période où s'opèrent des mutations importantes vers la société de consommation en masse. Qu'en est-il de la consommation sous l'occupation ?

148. - Bilan sur la consommation avant l'entrée dans la Seconde Guerre mondiale. Les progrès s'observent dans tous les domaines : industrie, stratégie commerciale, magasins à prix bas, communication et informations en plein développement ; autant d'évolutions qui permettent à la consommation en masse de devenir Le modèle de référence. Il faut souligner un élément qui nous parait important : ces évolutions donnent une place accrue au « consommateur ». Les industriels vont ainsi s'adapter aux exigences du consommateur et cela constitue un tournant notable. On dépasse ainsi la simple conception utilitariste de la consommation (attachée au Fordisme) et on se soucie de plus en plus de la satisfaction des exigences particulières à chaque individu (ou plutôt à chaque groupe d'individus…). Les psychologues et sociologues vont alors commencer à jouer un rôle crucial pour comprendre les consommateurs. Le recours aux études de marché et aux sondages devient dans le même temps de plus en plus fréquent. La société de consommation peut ainsi compter sur une connaissance plus précise du consommateur et de son intériorité pour inciter chacun d'entre nous à entrer dans cette société nouvelle : la société de consommation en masse[470].

---

[469] T. Maillet souligne cet élément et cite en illustration l'exemple de Coca-Cola, il écrit alors que : « *la diffusion de ces caractéristiques de disponibilité, d'acceptabilité et d'accessibilité, confirme l'élément marquant de cette nouvelle civilisation de masse : la vitesse. Les nouveaux modèles de distribution cherchent aussi à accélérer les mouvements de biens et de personnes. […] L'importance nouvelle accordée à la vitesse conforte l'approche par les flux et souligne l'importance de l'idée de mouvement…* » ; V. également en ce sens et d'un point de vue global P. Virilio, Entretien avec Thierry Paquot *in* Le magazine Littéraire, n° 444, juillet-août 2005 : « *Production en série, concurrence, construction d'infrastructures, le 20ème siècle a discipliné, organisé et surtout, démocratisé la vitesse. La vitesse est emblématique du progrès, c'est même sa mesure !* ».

[470] *Cf.* T. Maillet, *op. cit*., p. 127-128 : « *Il sera dorénavant nécessaire de comprendre les processus qui conduisent à l'acte d'achat du consommateur en connaissant les ressorts de sa décision et dès lors d'accepter de s'immiscer dans son intimité, le fonctionnement de son cerveau et de ses émotions. […] La formidable croissance de la société de consommation passera par cet abandon partiel de notre intégrité personnelle* ».

149. - La consommation entre 1939 et 1945. Nul besoin de le rappeler : les périodes de guerre sont toujours difficiles pour les citoyens, qui pensent plutôt à protéger leur vie et celle de leurs proches qu'à consommer. On retrouve donc logiquement le problème de la gestion des ressources et il sera encore question de rationnement[471]. On retrouve néanmoins certains effets bénéfiques à la société de consommation[472], comme par exemple le soutien par l'État des industriels. A l'appuie de cette observation et en guise d'illustration, le professeur Chessel écrit que : « *certaines entreprises profitent néanmoins du conteste de guerre : c'est le cas de la firme américaine Coca-Cola, qui fournit l'armée américaine. Le marchand de soda accède au statut de fournisseur de guerre en 1941 et accompagne la marche des armées hors du territoire américain. En 1942, le gouvernement aide l'entreprise à construire des usines…* »[473]. Il n'empêche, une guerre mondiale reste un moment compliqué pour tous et la consommation ne peut pas atteindre sa forme la plus aboutie dans un tel contexte[474]. C'est donc essentiellement dans la seconde moitié du 20ème siècle que la consommation devient « massive » ; c'est sur cette période que nous nous arrêtons maintenant.

[471] V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 27 : *« Pendant l'Occupation, et en particulier à partir de 1941, pour la majorité des Français, la vie quotidienne est difficile. Beaucoup de produits alimentaires sont contingentés. Pour se les procurer, il faut utiliser des tickets de rationnement. Hommes et femmes mettent dès lors en œuvre des trésors de débrouillardise pour manger et se vêtir* » ; V. aussi, sur la question du rationnement, J. Droux, *Rationnement et consommation en Suisse (1939-1945), in Au nom du consommateur, op. cit,* p. 63.

[472] Nous avions déjà souligné cet aspect, paradoxal au premier abord, qui est que la guerre favorise l'essor de la consommation. V. *supra,* n° 143. - et s.

[473] *Cf.* M-E Chessel, *op. cit.,* p. 28.

[474] *Ibid.,* p. 29 : *« la reconstruction est une période encore difficile pour les consommateurs. Ce n'est qu'au milieu des années 1950 que l'on peut considérer que les pratiques de consommation ne sont plus marquées par les restrictions et les manques* ».

§ 2. De la mise en place à l'hégémonie de la société de consommation pendant la seconde moitié du 20ème siècle et mise en relation avec le phénomène du désengagement

150. - Un contexte de guerre froide. La société de consommation en masse n'est plus bien loin, comme nous allons de montrer dans les développements qui suivent. Mais il est nécessaire de rappeler que l'émergence de celle-ci se fait dans un contexte particulier, un contexte de guerre froide[475]. A la sortie de la seconde guerre, une forte opposition idéologique et une « volonté de puissance » et de domination totale expliquent la détérioration des relations entre les deux blocs[476]. Il faut donner à l'année 1947 une place à part dans ces développements puisqu'elle constitue un véritable tournant de la guerre froide, la « *rupture définitive entre les Alliés* »[477]. Ce paragraphe prétend régler deux questions : la première étant de vérifier que le droit de la consommation est bien le droit de la société de consommation. L'assertion se vérifie par l'analyse des évènements qui, entre la fin de la seconde guerre et la fin de la guerre froide, permettent à la société de consommation de devenir le modèle de référence, le modèle économique dominant (A). En effet, ce sont ces mêmes évènements qui donnent au droit de la consommation son premier élan, son impulsion originaire. Par ailleurs l'élaboration et le développement d'un droit de la consommation accompagnant la société de consommation permet de comprendre pourquoi ce droit nouveau organise le désengagement. Il rend possible un retour sur le phénomène du désengagement en droit des contrats : la société de consommation a besoin du désengagement pour fonctionner et c'est naturellement par le droit qu'elle peut l'instituer. On remet de la sorte « *le droit sur ses vraies jambes* », à savoir l'économie. Le désengagement apparaît ainsi comme une institution au service de la société de consommation, un mécanisme au service du marché. En somme, le contexte dans lequel apparaissent la société de consommation et le droit de la consommation permet de comprendre le désengagement, sa nécessité au sein d'un système qui ne peut en faire l'économie (B).

---

[475] V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 29 : « *La société de consommation française se développe dans le cadre de la guerre froide et dans celui de la lutte idéologique entre l'Ouest et l'Est. Les sociétés capitalistes et socialistes s'affrontent en effet aussi sur le front de la consommation* ».

[476] Sur les causes de la guerre froide, V. R. Rémond, *op. cit.,* T. 3, p. 169 et s.

[477] *Ibid.* p. 174.

A. La mise en place du système de à la sortie de la seconde guerre mondiale

151. - La rupture de 1947. Il est absolument indispensable de rappeler les évènements qui, au cours de cette année 1947, ont changé la face du monde… D'abord, c'est en 1947 que les États-Unis prennent conscience qu'ils sont devenus une des grandes puissances mondiale[478]. C'est également au début de l'année 1947 que le budget militaire des États-Unis augmente significativement, marquant leur volonté de montrer leur force. Par ailleurs, une confrontation relative à la maitrise de la Grèce et de la Turquie attise les tensions[479]. En mars 1947 se réunit la très célèbre « conférence de la dernière chance ». Sont présents les ministres des Affaires étrangères de l'Union Soviétique, des États-Unis, de la Grande-Bretagne et de la France mais les tentatives de compromis se solderont par un échec. On peut également évoquer le mois d'avril de la même année, pendant lequel le groupe de pensée réunis par Hayek au Mont-Pèlerin, en Suisse, se fixe pour objectif « *la refondation d'un libéralisme pratiquement disparu du paysage politique et intellectuel depuis 1910-1920* »[480]. Le mois de juin de la même année ne voit pas les choses s'arranger. En effet, c'est au cours de ce dernier que le général Marshall annonce, lors d'un discours à Harvard, la volonté des États-Unis de participer à la reconstruction de toute l'Europe, y comprit les pays de l'Union Soviétique. L'Union soviétique opposera un refus catégorique et incite fortement ses alliés à faire de même[481].

152. - Coexistence de deux systèmes antagonistes C'est à partir de ce moment que le monde se sépare en deux blocs, chacun prenant un chemin différent. L'historien R. Rémond rend bien compte de la situation qui prend alors place : « *Deux systèmes antagonistes s'édifient sur tous les plans. Sur le plan militaire : pacte Atlantique contre pacte de Varsovie. Sur le plan économique évidemment, sur le plan politique aussi…* […] *La scission s'étend à*

[478] R. Rémond souligne qu'ils l'étaient déjà « virtuellement » mais qu'ils n'en avaient pas tiré toutes les conséquences. V. *Ibid.,* p. 175.

[479] Les deux pays sont jusqu'alors sous la domination Britannique, mais le gouvernement ne peut plus assurer le maintien de l'ordre et décide de se retirer. Sur ce point, V. *Ibid.*

[480] Selon les termes de A. Laurent, *in* Le Point, H-S n° 12, *précité,* p. 65.

[481] La Tchécoslovaquie avait dans un premier temps accepté la proposition, mais s'est très vite ravisée sous la pression des soviets. V. *Ibid.,* p. 176.

tout : tous les pays, à tous les types d'organisation. […] *Partout, c'est la rupture et l'affrontement de deux systèmes dans des épreuves de force…* »[482]. En somme, la guerre froide se propage dans le monde entier et les différents pays ont une quasi obligation d'y prendre part[483]. Cette opposition entre les deux Grands connaitra différentes phases : une période assez tendue qui s'achève avec le retrait des soviétiques de Cuba, puis la période dite de « coexistence pacifique » où chacun se résigne à vivre avec l'autre, à défaut de pouvoir le supprimer. Mais les deux blocs s'affrontent sur d'autres terrains, comme par exemple la course au nucléaire, la conquête de l'espace, ou encore le meilleur réfrigérateur[484] ! Mais au final, le bloc communiste s'épuise peu à peu le système s'effondre en 1989 ; effondrement dont la chute du Mur de Berlin est le symbole le plus fort. Par la suite, Gorbatchev ne s'opposera pas à l'intervention américaine pendant la guerre du Golfe ; le président Russe reconnait ainsi l'hégémonie des États-Unis. Il est possible de situer la fin de la guerre Froide au 11 septembre 2001, soit le jour des attentats faisant près de 3000 victimes et détruisant des bâtiments symboles de la puissance américaine (le *World Trade Center* et le *Pentagone*). En appelant le Président Bush en personne pour l'assurer du soutien des Russes, le président Poutine marquait sa volonté de coopérer dans la lutte contre le terrorisme[485].

153. - Mise en relation avec l'étude de la genèse de la société de consommation en masse. Cette période de l'histoire est cruciale pour notre analyse. Si la diffusion de la société de consommation se fait à partir des années 1970[486], il est indiscutable que des évènements majeurs surviennent avant et expliquent le triomphe de la société de consommation sur les autres modèles. Ce sont ces évènements que nous allons tenter de mettre en lumière, avec encore et toujours à l'esprit l'hypothèse que nous essayons de vérifier : hypothèse selon

---

[482] *Ibid.,* p. 177-178.

[483] En ce sens, R. Rémond, Ibid. p. 180 : « *La guerre froide, part sa nature même, tolère mal la neutralité. Aucun des deux blocs, n'accepte volontiers que des tiers restent à l'écart. L'un et l'autre s'emploient à enrôler le plus de pays possible* ».

[484] V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 29. L'auteur explique qu'en 1959, Nixon a déclenché une crise diplomatique en présentant les avantages du mode de vie américain. Cela se passe lors d'une foire à Moscou, où une cuisine américaine General Electric est exposée ; les Russes avaient exposé leur modèle de réfrigérateur un mois avant à New-York et c'est ainsi qu' « *un débat sur la cuisine, parallèle à celui de l'espace et du nucléaire, est lancé entre les deux puissances* ».

[485] R. Rémond, *op. cit.,* p. 184. Remarquons que les tensions entre les blocs existaient bien avant la Seconde Guerre mondiale, mais la lutte contre l'Ennemi Nazi avait, l'espace de quelques années, obligés les intéressés à laisser leurs différents de côté. De la même manière, c'est la découverte d'un nouvel ennemi, les terroristes, qui met fin à cette rivalité.

[486] V. *infra* n° 165. - et s.

laquelle le droit de la consommation est lié à la société de consommation. En bref : le droit de la consommation, c'est le droit de la société de consommation en masse. Nous reviendrons sur l'influence de la politique adoptée à l'occasion du plan Marshall par les États-Unis et qui a pour but de faire rentrer un maximum de pays dans la société de consommation ; en somme, le plan Marshall contribue à la mise en place du système (2). Nous parlerons également des grands penseurs du libéralisme pendant la seconde moitié du 20ème siècle, qui donne à la société de consommation de solides soubassements théoriques (1).

1. La résurrection de la pensée libérale au lendemain de la seconde guerre mondiale

154. - La résurgence de la pensée libérale, l'école du Mont-Pèlerin. Alors qu'il avait « *pratiquement disparu du paysage politique et intellectuel depuis 1910-1920* »[487], le libéralisme refait surface dans la seconde moitié du 20ème siècle. Comme nous l'avons vu tout à l'heure[488], le contexte de guerre explique ce recul global du libéralisme et justifie l'intervention de l'État, notamment dans l'économie. A la sortie de la Seconde Guerre mondiale, l'entrée dans la société de consommation en masse, société où s'appliquent les principes du libéralisme, est devenu l'un des grands enjeux de la guerre froide. Le combat idéologique entre les plus grands intellectuels de l'époque est lancé. Se réuniront à l'occasion de cette grande bataille les plus grands penseurs du libéralisme de l'époque. Nous reviendrons sur les grands traits de la doctrine des auteurs les plus célèbres, critère sans doute subjectif mais nous n'en avons guère trouvé d'autres… Nous évoquerons l'école autrichienne, essentiellement représentée par les deux grands penseurs Friedrich Hayek et Ludwig Von Mises.

155. - Friedrich von Hayek et l'ordre spontané. Friedrich Hayek est sans doute le plus grand penseur du néolibéralisme au 20ème siècle. Il obtient d'ailleurs la reconnaissance ultime en 1974 : le prix de science économique de la Banque de Suède en mémoire d'Alfred Nobel. La pensée économique de Hayek s'inscrit dans le prolongement des idées défendues

[487] Selon les termes d'A. Laurent, V. *Le néolibéralisme en quête d'équilibre, in* Le Point, H-S n° 12, p. 65.

[488] V. *supra,* n° 150. - et s.

par des auteurs comme Hume[489], Smith[490] ou encore Turgot[491]. Et on ne s'étonnera donc point que Hayek ait fait l'éloge de *La Fable des abeilles* de Bernard Mandeville[492] ! Ainsi, ce grand penseur de l'école autrichienne va réaffirmer la validité des grands principes du libéralisme qui furent exposés au 18ème siècle. Nous avons essayé de montrer que le libéralisme économique s'est construit à partir de quelques idées fondamentales : la liberté individuelle de choix, la promotion de la liberté au sein du marché et *a fortiori* une intervention limitée de l'État. Nous allons retrouver ces axes de réflexion dans les théories défendues par Hayek. Mais avant d'exposer les grands traits desdites théories, il convient de les resituer dans un contexte que l'on ne peut ignorer si l'on veut comprendre la pensée de Hayek. E. Kacenelenbogen, chercheuse au centre Raymond-Arond de l'EHESS, affirme en ce sens que : « *Le sens de l'œuvre de Hayek est toutefois insaisissable si l'on ne considère pas le débat dont elle est issue. C'est à Londres, à partir de 1931, dans la lutte idéologique qui l'oppose à l'économiste britannique Keynes, que le noyau de la théorie hayekienne prend forme* »[493]. Le combat oppose donc le plus grand penseur de l'interventionnisme du 20ème siècle au plus grand penseur du libéralisme de la même époque. Hayek reprend ainsi l'idée que Smith avait avancée avant lui, à savoir que le marché est un phénomène trop complexe pour l'intelligence humaine. Cette ignorance conduit Hayek à défendre l'idée selon laquelle l'État doit s'abstenir et ne pas s'immiscer dans l'économie, car l'intervention serait nécessairement néfaste. Hayek développera ainsi la théorie de l'ordre marchand spontané, qu'il appelle l' « ordre catallactique »[494]. Hayek défend également l'idée que la catallaxie est un jeu, un jeu créateur de richesse. Ces arguments seront évidemment repris par les défenseurs de la société de consommation en masse, société fondée sur des convictions (ultra ?) libérales. Voilà, très brièvement, les grands axes de la pensée économique de

[489] V. *supra,* n° 103. -

[490] V. *supra,* n° 104. -

[491] V. *supra,* n° 105. -

[492] V. M. Biziou, *La fable des abeilles de Bernard Mandeville, in* Le Point, H-S n° 26 Les Textes fondamentaux de la pensée des Lumières, p. 26.

[493] *Cf.* E. Kacenelenbogen, *Friedrich von Hayek et l'ordre marchand spontané, in* Le Point, H-S n° 12, p. 70 ; V. également, sur l'importance de ce débat, G. Dostaler, *Alternatives économiques,* Hors-Série n° 57, p. 162.

[494] On retrouve donc, à peu de choses près, l'idée de la « main invisible » et l'injonction du « laissez les faire ! » que défendaient Smith et Turgot. Sous la plume de Hayek dans *Droit, Législation et Liberté*, cette idée s'exprime par ces mots : « *La meilleure façon de comprendre comment le fonctionnement du marché conduit, non seulement à la création d'un ordre, mais aussi à un grand accroissement du fruit que les hommes tirent e leurs efforts, est de le penser* […] *comme un jeu, que nous pouvons maintenant appeler le jeu de catallaxie. C'est un jeu créateur de richesses c'est-à-dire qu'il conduit à un accroissement du flux de biens et des chances pour tous els participants de satisfaire leurs besoins* […] *Le fait que l'issue de ce jeu sera, de par ses caractères mêmes, déterminée par un mélange d'habileté et de chance*, constitue l'un des principaux points que nous allons essayer d'éclaircir », V. Tome 2, *Le mirage de la justice sociale.*

Friedrich Hayek. Ce qui nous amène à une dernière précision avant de passer à l'auteur suivant, Ludwig von Mises. Hayek représente certes un des leaders du courant libéral de son temps, mais ses réflexions ont largement dépassé le cadre de l'économie. Or, lesdites réflexions se fondent sur une critique du rationalisme sur laquelle nous reviendrons largement par la suite[495].

156. - Ludwig von Mises. Il est également l'un des grands noms de la Société du Mont-Pèlerin réunie en 1947 par Hayek, qui était son disciple. La pomme ne tombant jamais très loin du pommier, on peut se douter de la coloration de la pensée économique de von Mises ! Mises a été l'un des grands pourfendeurs du collectivisme et il s'est opposé avec force aux interventions de l'État dans l'économie. Dans son ouvrage *Le libéralisme* paru en 1927, il affirmait que : « *Le libéralisme* […] *dit simplement que seul l'ordre social capitaliste convient aux buts que les hommes se proposent et que les constructions sociales du socialisme agraire et du syndicalisme sont irréalisables et contreproductives* ». Le propos est somme toute assez clair et le capitalisme s'impose aux yeux de Mises comme une nécessité. Le libéralisme permet aux hommes de vivre dans le confort matériel indispensable à leur bonheur[496]. On voit dans cette doctrine l'attachement à l'idée de liberté au sein du marché et d'autorégulation ; le corolaire étant la non-intervention de l'État.

157. - Sur l'influence de cette école autrichienne. Von Mises et Hayek furent donc les grandes figures du néolibéralisme des années 1950. Il faut ajouter qu'à cette époque, « *le centre de gravité de cette renaissance libérale se déplace d'Europe vers les États-Unis* »[497]. Les monétaristes de l'école de Chicago[498], comme Milton Friedman ou James Buchanan qui ont d'ailleurs été membres de la société du Mont-Pèlerin, vont permettre le triomphe de la

[495] *Cf. infr*a, n° 434. - et s. A ce stade, nous dirons simplement la chose suivante : Toute la pensée de Hayek repose sur une critique du constructivisme rationaliste inventé par Descartes. Pour Hayek, cette volonté de reconstruire le monde à partir de la seule raison est non seulement une erreur, mais aussi une faute. Le constructivisme constitue une abstraction dangereuse en ce sens qu'elle « oublie » le réel. Il y a là, à nos yeux, des idées d'une force considérable, sur lesquelles nous nous appuierons par la suite. On sent également l'influence de la philosophie de Schopenhauer et ou encore celle de Nietzsche.

[496] « *En dernière analyse, il [le libéralisme] il n'a rien d'autre en vue que le progrès de leur bien-être extérieur et matériel. […] Il ne cherche pas à créer autre chose que les conditions extérieures nécessaires au développement de la vie intérieur…* », Écrivait-il dans *Le libéralisme*.

[497] Selon les mots d'A. Laurent, V. *Le néolibéralisme en quête d'équilibre, in* Le Point, H-S n° 12, p. 66.

[498] Sur cette dernière, vous pouvez vous référer à un passage de l'ouvrage de T. Kyrat *Économie du droit*, éd. La découverte 2012, p. 40 et s.

doctrine libérale aux États-Unis. Émerge alors de nombreux courants libéraux « dérivés » comme le courant « libertarien » qui pousse à l'extrême le libéralisme[499]. A côté de ce néolibéralisme quasi radical, un libéralisme plus tempéré se développe en Europe. Raymond Aron et Karl Popper en sont les plus célèbres représentants. Ce courant libéral modéré explique en partie la « gauchisation » du terme « libéralisme », dans les années 1970, par des intellectuels Américains tels que Galbraith, Rawls ou encore Dworkin. Nous revenons maintenant à notre question principale : quand et comment nait la société de consommation ?

158. - Apparition progressive de la société de consommation de masse. Grâce à de solides fondations théoriques posées par les auteurs dont nous venons de parler, la société de consommation en masse peut se construire « *in concreto* ». Alors qu'elle est déjà née aux États-Unis où la guerre n'a pas fait autant de dégâts[500] et qu'elle est rejetée dans l'Union soviétique où il existe un autre système de consommation[501], la société de consommation en masse devient un enjeu crucial de la guerre froide. Les États-Unis comme l'Union-Soviétique tentent de convertir un maximum de pays à leur modèle, et comme nous allons le montrer dans les développements qui suivent, l'application du plan Marshall va se faire sous la forme d'une véritable propagande en faveur du modèle libéral. Ce moment de l'histoire revêt une importance capitale pour notre étude.

[499] V. A. Laurent, *Le néolibéralisme en quête d'équilibre,* in Le Point, H-S n° 12, p. 66. L'auteur explique d'ailleurs que le mouvement se subdivise en deux sous ensembles. Les « minarchistes » qui défendent l'idée d'un État minimal (Ayn Rand et Robert Nozick font partie de ce mouvement) et les « anarcho-capitalistes comme Murray Rothbard ou Gary Becker, partisans « *d'un État zéro et d'une privatisation totale de la société* » (*Ibid*).

[500] Du moins, leur éloignement géographique les a largement préservés, contrairement à une Europe en ruine, ou tout est à reconstruire… En ce sens, M-E Chessel écrit que : « *Alors que l'Europe se remet difficilement de la Grande Guerre, la construction de la société de consommation de masse américaine se poursuit dans les années 1920.* […] *Dans les années 1940, aux États-Unis, les populations civiles sont concernées par le rationnement, mais moins durement qu'en Europe* », V. *op. cit.,* p. 25.

[501] Contrairement à ce que l'on pourrait penser, il existe bel et bien un système de consommation à l'Est. Sur celui-ci, V. Chessel, *op. cit.,* p. 30.

2. Le plan Marshall ou la pénétration d'un modèle économique dans l'Europe de l'après guerre

159. - Le Plan Marshall ou l'histoire de la propagande capitaliste. Nous avons tenté de montrer que l'année 1947 constitue une véritable « *cassure de l'Europe* »[502], qui se scinde en deux blocs. En proposant leur aide pour reconstruire l'Europe, les États-Unis ont également l'intention de faire l'éloge de leur modèle économique et politique. La Plan Marshall devient alors le vecteur de « *l'instauration d'une démocratie de consommateurs* »[503]. Sheryl Kroen, professeur à l'université de Floride, a rédigé un article[504] très intéressant sur cette question et montre justement cette évolution majeure de la société. L'auteur s'appuie dans un premier sur les travaux de Lizabeth Cohen[505], travaux qui montrent qu'il existe aux États-Unis une conception particulière de la citoyenneté ; conception qui met en lien « citoyenneté » et « consommation »[506]. La suite de l'article tend à montrer comment cette « *république des consommateurs* » se propage en Europe au lendemain de la guerre, notamment par l'intermédiaire du plan Marshall.

160. - Le Plan Marshall vu sous un autre jour… Certes « *le Plan Marshall est jusqu'à présent connu avant tout comme une initiative diplomatique et économique des États-Unis pour la reconstruction de l'Europe* »[507], mais on ignore souvent qu'il fut aussi « *la plus grande opération de propagande internationale jamais vue en temps de paix* »[508]. Les

[502] L'expression est empruntée à R. Rémond, *op. cit.,* T. 3, p. 174.

[503] V. S. Kroen, *La magie des objets, le Plan Marshall et l'instauration d'une démocratie de consommateurs, in Au Nom du consommateur, op. cit.,* p. 80 ; V. aussi T. Maillet, *op. cit.,* p. 136.

[504] *Cf. Ibid.*

[505] L. Cohen, *A consumers' Republic : The Politics if Mass Consumption in Postwar America*, New York, Alfred A. Knopf, 2003.

[506] V. L. Cohen, « *Citizens and consumers* », *in The Politics of Consumption: Material Culture and Citizenship in Europe and America*, Oxford, Berg, 2001, p. 214 où l'auteur évoque "*un nouvel idéal d'après-guerre du consommateur comme citoyen*" dans lequel un « *acheteur citoyen* » peut satisfaire « *ses désirs personnels et remplit ses obligations civiques en consommant* ».

[507] V. S. Kroen, *loc. cit.,* p. 82.

[508] Selon l'expression de D. Ellwood, *Italian modernization and the propaganda of the Marshall Plan, in The Art of Persuasion: Political Communication in Italy from 1945 to the 1990s*, sous la direction de L. Cheles et L. Sponza, Manchester University Press, 2001, p. 23-48.

administrateurs du Plan Marshall[509] ont donc, à côté de l'objectif « reconstruction de l'Europe », un autre but moins avouable : convaincre les citoyens d'adopter le mode de vie à l'américaine. Il utilise pour cela les nouveaux moyens de communications dont nous avons dit quelques mots tout à l'heure[510]. Le message est sans ambiguïté ; il s'agit d'inciter à la résistance contre le communisme et à adopter le modèle américain. C'est ainsi que : « *de nombreux historiens du Plan Marshall et de la reconstruction européenne de l'après-guerre ont souligné la dimension idéologique du Plan* »[511]. A noter que cette « propagande » se fait différemment dans chaque pays d'Europe. Il se trouve que les français sont plutôt méfiants et ont du mal à croire ce qu'on leur dit[512], ce qui ne facilité guère la tâche des « chargés de mission ». D'où une évolution sur la manière de faire passer le message : aux mots se substituent les objets. Avec une habileté saisissante, les administrateurs du Plan Marshall vont avoir l'idée de « marquer » les marchandises importées, assignat ainsi aux objets des fonctions idéologiques[513]. Tout aussi surprenant, on va indiquer sur les publicités le temps de travail nécessaire pour obtenir tel ou tel bien aux États-Unis et indiquer le nombre d'heures travaillées en URSS pour acquérir le même bien : le constat est sans appel et la balance penche toujours en faveurs des États-Unis[514]. Les États-Unis montrent alors au reste du monde leur force de production incroyable et dans un contexte de guerre froide, ils donnent l'image d'une société où les gens sont heureux grâce au capitalisme[515]. Pour le professeur S. Kroen, la mise en œuvre du Plan Marshall en Europe permet aux États-Unis de « négocier » la démocratie des consommateurs. Dans le cadre de notre étude, cette idée est particulièrement intéressante : la conception de la citoyenneté change à cette époque sous l'influence des États-Unis ; plus précisément, on va arrimer le concept de citoyenneté à l'acte de consommation !

[509] Qui sont d'ailleurs des « *Capitaines d'industrie* » ou des « *membres du conseil de la publicité* », *Cf.* S. Kroen, *ibid.*

[510] V. également S. Kroen, *ibid.* : « *Outre la distribution de fonds pour reconstruire des logements, des réseaux de transport et des usines, les administrateurs du Plan Marshall organisent des expositions et des spectacles cinématographiques itinérants ; ils produisent des brochures, des émissions de radio et des documentaires…* ».

[511] *Cf. Ibid.*

[512] V. S. Kroen, *loc. cit.,* p. 86 ; L'auteur justifie cette méfiance par le fait que les moyens utilisés pour faire passer le discours (radio, cinéma…) rappellent à la population les méthodes utilisées dans les régimes totalitaires.

[513] La lutte pour la « meilleure cuisine » que nous avons évoquée plus haut entre Nixon et Kroutchev incarne cette idée d'objets au service d'une idéologie !

[514] *Ibid.,* p. 88.

[515] En ce sens, S. Kroen, *loc. cit.,* p. 90 : « *Un autre message central de la propagande imprimée des administrateurs du Plan Marshall […] porte sur la nécessaire intégration de l'économie européenne. Tous les bénéfices dont profitent les Américains du fait de leur économie capitaliste productive et « sans classes » sont à la disposition des Européens pour peu qu'eux aussi adoptent le capitalisme tourné vers la consommation dans le conteste d'une économie de marché libre à l'échelle de l'Europe* ».

La conclusion de l'auteur va en ce sens : « *une histoire culturelle du Plan Marshall permettra de déterminer comment le citoyen a été repensé comme un consommateur et comment la démocratie a été redéfinie en lien avec un capitalisme tourné vers la consommation* »[516]. La question du « pourquoi », finalement, importe peu. L'essentiel : c'est le constat ! Nous reviendrons sur les conséquences de cette transformation majeure qui opère en France à partir des années 1950.

B. Contexte d'apparition de la société de consommation conséquences sur le droit de la consommation

161. - Plan. C'est maintenant sur l'analyse des évènements les plus récents que nous concentrons notre effort. Il nous semble en effet que l'analyse desdits évènements donne à voir le droit de la consommation sous un jour nouveau. Une telle analyse permet d'identifier les enjeux d'un système fondé sur la consommation et gravitant autour de la figure du consommateur. Dès lors, une fois que nous aurons présenté au lecteur ces épisodes qui marquent l'entrée dans une société de consommation en masse (1), nous pourrons mettre en pleine lumière ces enjeux du droit de la consommation en tant que droit de la société de consommation (2).

1. Les épisodes marquant l'entrée dans une société de consommation en masse

162. - Naissance et consolidation de la société de consommation en masse. On peut affirmer, au regard de tout ce qui vient d'être dit, que la société de consommation est née. Difficile de situer son apparition avec exactitude et elle ne se fait d'ailleurs pas en un éclair ! L'expression « société de consommation » est alors employée pour la première fois,

[516] *Ibid.,* p. 98 ; cette vision sera relayée en France par des intellectuels comme J. Fourastié. V. sur l'influence de ce dernier l'article de R. Boulat, *Jean Fourastié et la naissance de la société de consommation en France, in Au nom du consommateur, op. cit.,* p. 98 et s.

en 1957, sous la plume de J-M Domenach[517]. A partir de cet instant, la société de consommation en masse ne cessera d'étendre son empire, comme nous allons le montrer dans les développements qui suivent. Le droit de la consommation va alors apparaitre dans un contexte particulier qui explique tant son contenu que le discours dont il est l'objet.

163. - Expansion de la société de consommation pendant les Trente Glorieuses. L'Europe, au lendemain de la guerre, se reconstruit « *autour des promesses de la consommation de masse, à la fois en termes matériels et en termes d'objectifs plus idéalistes (liberté, démocratie et égalité)* »[518]. Or, la croissance économique vertigineuse qui s'opère durant cette période semble avoir pour cause la société de consommation. Cette observation permet de comprendre les positions d'intellectuels comme Jean Fourastié (qui est d'ailleurs à l'origine de l'expression « les Trente Glorieuses ») [519], défenseur de la société de consommation[520]. Les gens vivent dans un confort toujours plus grand et grâce au fameux modèle de l'*American Way of Life.* La nouvelle société de consommation permet d'avoir de plus en plus de choses et en quantité toujours plus importante ; en ce sens, les Trente Glorieuses, ce sont des « *chiffres et des choses* »[521] ! Le taux d'équipement des ménages en biens de consommation durable illustre cette évolution : par exemple, 7,5% des foyers possèdent un réfrigérateur en 1954 contre 72,5% en 1968[522] ; même constat s'agissant de la télévision, 1% des Français en possède une en 1954 contre 63% en 1969[523]. C'est d'ailleurs de ce contexte particulier que s'inspire Boris Vian lorsqu'il écrit en 1956 sa *Complainte du progrès*. Il condamne ainsi cette société nouvelle où les objets ont pris le dessus sur les sujets : « *Mon frigidaire, mon armoire à cuillers, mon évier en fer, et mon poêle à mazout,*

[517] *Cf.* J-M Domenach, *Esprit, nouvelle série,* revue Esprit, novembre 1957, p. 480.

[518] *Cf. Au Nom du Consommateur, op. cit.,* p. 15.

[519] V. J. Fourastié, *Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible*, Paris, Fayard, 1979.

[520] Jean Fourastié a pu écrire en ce sens : « *Ne doit-on pas dire glorieuses els trente années qui ont fait passer et Douelle et la France de la pauvreté millénaire, de la vie végétative traditionnelle aux niveaux de vie et aux genres de vie contemporain* », V. J. Fourastié*, op. cit.,* p. 28.

[521] Selon les termes de M-E Chessel, *op. cit*., p. 32 ; dans le même sens, R. Rochefort, *La société des consommateurs*, Paris, Odile Jacob, éd. Poche 2001, p. 32 : « *Les décennies 1950 et 1960 furent celles de la croissance forte, c'est-à-dire de l'enrichissement généralisé sur fond d'uniformisation des comportements et de massification de la consommation* » ; V. enfin T. Maillet, *op. cit*., p. 155.

[522] *Cf.* M-E Chessel, *op. cit.,* p. 33 ; V. également J-F Sirinelli et J-P Rioux, *La culture de masse en France,* Paris, Fayard, 2002 ; V. aussi T. Maillet, *op. cit.,* p. 155.

[523] *Cf.* M-E Chessel, *op. cit.,* p. 33 ; T. Maillet, *op. cit.,* p. 155 ainsi que R. Rochefort, *op. cit.,* p. 61.

Mon cire-godasse, mon repasse-limaces, mon tabouret à glace, et mon chasse-filous ! La tourniquette, pour faire la vinaigrette, le ratatineur dur, et le coupe friture ! »[524].

164. - Évolution de la consommation : la société des loisirs et de la jeunesse. La période des Trente Glorieuses est généralement associée à la société des loisirs. Les auteurs qui travaillent sur la consommation relèvent cette évolution dans la manière de consommer[525]. C'est en ce sens que l'historien André Kaspi écrivait en 1969 : « *Il ne s'agit plus d'épargner mais de consommer. Le travail diminue (certaines industries ont adopté la semaine de 36 heures) au profit des loisirs qui ne sont plus un luxe mais un problème, une course frénétique au plaisir. En 1950, un septième (14%) du revenu national est dépensé pour occuper ces loisirs (cigarettes, bonbons, cinémas, voyages d'agrément, sport, etc.)* »[526]. L'évolution est notable car elle met en évidence ce lien de plus en plus fort entre l'acte de consommation et le bonheur ; plus précisément, la consommation devient peu à peu le vecteur de ce dernier. Ajoutons que ceux qui profitent le plus de ces évolutions sont : les jeunes ! Or, la jeunesse va devenir un véritable moteur de la société de consommation. T. Maillet évoque cette évolution dans son ouvrage : « *La jeune génération agit comme un phare dans une société naturellement moins encline qu'auparavant à accorder sa confiance aux anciens, comme le voulait la tradition* […] *Dans les années soixante, les adolescents sont plus de huit millions et ils représentent le sixième de la population française avec un pouvoir d'achat en hausse* »[527]. Voilà les évolutions de la société de consommation pendant les Trente Glorieuses. Nous

[524] *La complainte du progrès,* 1956, paroles de Boris Vian, musique d'Alain Goraguer.

[525] T. Maillet écrit en ce sens : « *Les leçons de la crise de 1929 ont été retenues. La production de biens industriels est encadrée pour éviter les surplus et la consommation est progressivement orientée vers les services et notamment les loisirs. […] Voyager, sortir, regarder la télévision, participer à des associations, tous les prétextes sont bons pour adhérer sous une forme ou une autre à cette société des loisirs qui se met doucement en place aux États-Unis, puis en Europe, après la Seconde Guerre mondiale* », *Cf. op. cit.,* p. 137 ; dans le même sens, V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 34 : « *l'importance croissante du secteur tertiaire, et en son sein des loisirs, est particulièrement notable. L'avènement du temps libre, la diffusion d'objets liés aux activités de loisir, comme la télévision, l'apparition de nouveaux modes de vacances ou sports, l'importance croissante des dépenses de santé sont autant de transformations à mentionner* ». On peut peut-être ajouter, au soutien de cette idée, que les biens qui permettent de passer le temps se propagent bien plus vite que ceux qui permettent d'en économiser. *Cf.* M-E Chessel, *op. cit.,* p. 33.

[526] *Cf.* A. Kaspi, *Histoire des États-Unis,* Paris, Armand Colin, 1969, p. 350.

[527] *Cf.* T. Maillet, *op. cit.,* p. 157 ; dans le même sens, M-E Chessel, *op. cit.,* p. 26 parle de l'importance de la démocratisation des postes de radio à transistor, qui ont permis aux jeunes d' « *écouter leurs émissions sur leur* poste ».

pourrions rester « coi » devant « *ce décor idyllique* »[528] ; nous allons voir maintenant que les choses ne vont pas en rester là, un mouvement réactionnaire va émerger.

165. - Les années 1960 ou la naissance d'un courant contradictoire. Nous avons évoqué tout à l'heure l'année 1947, qui constitue la renaissance du mouvement libéral, notamment sous m'impulsion des membres de la société du Mont-Pèlerin[529]. Nous allons voir dans les lignes qui suivent ce contre-courant qui émerge dans la nouvelle société de consommation. Comme on peut s'en douter, le mouvement trouve son origine aux États-Unis où la société de consommation en masse est apparue en premier. Quatre ouvrages parus entre 1950 et 1963 sont fondateurs de ce mouvement critique[530] ; ils opèrent tous une démystification de la société de consommation qui jusqu'alors, ne donne à voir que ses aspects vertueux (le confort matériel, la démocratie, la liberté, bref, tout ce que l'on a évoqué jusqu'ici). Le premier ouvrage date de 1950, a été écrit par David Reisman. Il s'intitule *La Foule Solitaire*[531]. Le deuxième sort un an plus tard ; il est l'œuvre de Marshall McLuhan et se nomme : *The Mechanical Bride : Folklore of Industrial Man*[532]. Vance Packard, journaliste américain, publie en 1957 *La Persuasion clandestine*[533] et enfin, le livre de Betty Friedan, *La Femme mystifiée*, paru en 1963[534]. Ces quatre livres tendent vers un même but : alerter les citoyens des dangers de la société de consommation. T. Maillet relève trois axes pour cette critique ; les deux premiers porte sur la dénonciation des « *modes de consommations et de communications, générés par la standardisation et les effets néfastes de la publicité. La troisième critique porte sur la place réservée aux femmes dans cette société* »[535]. Ce mouvement est donc de nature réactionnaire ; il est un mouvement de résistance face à une société de consommation en masse qui semble se développer en écrasant tout sur son passage, tel un rouleau compresseur. Apparaissent donc à cet instant des plaidoyers qui se font *Au Nom du consommateur* ; ce mouvement contradictoire permet donc une mise en exergue des

[528] L'expression est empruntée à T. Maillet, V. *op. cit.,* p. 157.

[529] V. *supra,* n° 154. - et s.

[530] V. sur ce point les développements de T. Maillet, *op. cit.,* p. 157-160.

[531] *Cf.* D. Reisman, *La Foule solitaire*, Paris, Artaud, 1964 (*The Lonely Crowd : A study of Changing American character*, 1950, New Heaven, Yale University Press).

[532] M. McLuhan, *The Mechanical Bride : Folklore of Industrial Man,* Vanguard Press, 1951 (aucune traduction française).

[533] V. Packard, *La Persuasion clandestine,* Paris, Calmann-levy, 1958.

[534] B. Friedan, *La Femme mystifiée,* Paris, Gonthier, 1964.

[535] V. T. maillet, *op. cit.,* p. 158.

manipulations dont les consommateurs sont les victimes. C'est le début de ce qu'on va appeler le « consumérisme » contemporain[536].

166. - Naissance du consumérisme américain dans les années 1960. La journée du 15 mars 1962 constitue un moment clé pour comprendre les évolutions contemporaines du droit de la consommation[537]. En effet, c'est au cours de celui-ci que le président américain John F. Kennedy prononce un discours qui restera célèbre et qui expose les droits des consommateurs. Nous entrons de la sorte dans une période qui se veut être « *L'âge d'or de la protection des consommateurs, puisque les parlementaires cherchent à sauvegarder les droits individus dans le cadre du marché.* […] *Ces droits sont ensuite au cœur des mouvements de consommateurs tout autour du monde et ils sont aussi à la base e la plupart des politiques de protection des consommateurs dans les décennies suivantes* »[538]. On peut donc dire qu'au début des années 1960, un mouvement émerge dans la société américaine en réaction à l'expansion incontrôlée (incontrôlable ?) de la société de consommation.

167. - Le discours fondateur de 1962. Voici un extrait de ce discours, extrait pour le moins explicite : « *Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard*. »[539]. A partir de ce constat, le président américain John F. Kennedy esquisse les quatre droits fondamentaux des consommateurs : le droit à la sécurité, le droit d'être informé, le droit de choisir et le droit d'être entendu. Ce discours va profondément marquer les esprits et considérablement influer la construction, puis les évolutions de ce que l'on va nommer « *droit de la consommation ». La protection des consommateurs devient « le nécessaire pendant à la*

[536] Ce dernier a en effet des origines plus lointaines. Ne manquez pas, sur la genèse de ce consumérisme américain contemporain, l'article de Lawrence B. Glickman, *« Acheter par amour de l'esclave » : l'abolitionnisme et les origines du militantisme consumériste américain, in Au Nom du consommateur, op. cit.,* p. 215. L'auteur se propose dans son article de « *démontrer que la consommation engagée a commencé à une période largement ignorée des historiens : la première du 19ème siècle…* », V. p. 216.

[537] On a d'ailleurs fixé à cette date la Journée Mondiale des Droits du Consommateur, ce depuis 1983.

[538] *Cf. Au Nom du Consommateur, op. cit.,* p. 15.

[539] J.F. Kennedy, Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest, mars 1962 ; le propos peut être traduit comme suit : « *Nous sommes tous, par définition, des consommateurs. Ils constituent le groupe économique le plus important, influant sur presque toutes les décisions économiques publiques et privées et étant influencé par elles. Ils sont le groupe le plus important... mais leur voix n'est souvent pas entendue* ».

liberté d'entreprendre »[540]. C'est élan protectionniste sera soutenu par des universitaires des plus prestigieux, comme par exemple Peter Drucker dans un article paru à la Harvard Business Review et intitulé : « *Big Bisness and the national purpose* »[541]. Une politique nouvelle nait et place au cœur de ses préoccupations la protection des droits et intérêts des consommateurs[542].

168. - Le premier grand scandale de la société de consommation en masse : l'affaire General Motors. L'esprit du droit de la consommation se forge lentement, comme nous venons de le montrer, et en réaction à des dérives ou du moins, à des dangers qui jusqu'alors, restent peu perceptibles. Un évènement va venir renforcer ce mouvement réactionnaire, caractérisé par la place qu'occupe en son sein l'objectif de protection des consommateurs. Revenons donc sur cet évènement particulier et important au regard de l'hypothèse que nous défendons : hypothèse selon laquelle le droit de la consommation est liée à la société de consommation (en masse évidemment !). L'affaire en question tourne autour d'un modèle automobile produit dans les années 1960, la Chevrolet Corvair. Quelques temps après sa mise en circulation, le véhicule sera la cause de nombreux accidents grave, si bien que des poursuites judiciaires seront intentées par les conducteurs blessés. L'affaire va prendre une ampleur considérable et finira par devenir un véritable cauchemar par la General Motors. En effet, Ralph Nader, un jeune avocat, publie en 1965 un livre qui va devenir célèbre et qui s'intitule « *Unsafe at any speed* »[543]. Ralph Nader accuse la General Motors d'avoir laissé en circulation la Corvair, qui connaissait à l'époque un grand succès[544]. Le plus scandaleux dans cette histoire, c'est qu'une pièce de dix dollars aurait suffit à rendre le véhicule plus sûr[545]. Le droit à la sécurité qu'avait exprimé le président Kennedy était bafoué par l'entreprise, tout comme le droit d'être informé. Ce premier grand scandale révèle au grand jour les dangers qui orbitent autour d'une société consommation en masse. D'autant

[540] Selon les mots de T. Maillet, *op. cit.,* p. 172.

[541] *Cf.* Harvard Business Review, mars-avril 1962.

[542] Ajoutons une précision sur ce contexte : cette évolution majeure se retrouve sur le plan des droits civiques. Le symbole le plus fort de ce changement est bien sûr le très célèbre discours du pasteur Martin Luther King el 28 août 1963 commençant par l'inoubliable : « *I have a dream* ».

[543] L'édition originale est publiée chez Grossman Publishers, en 1965. Il existe une version traduite en français : R. Nader, *Ces voitures qui tuent,* Paris, Flammarion, 1966.

[544] V. T. Maillet, *op. cit.,* p. 160.

[545] Ralph Nader fonde son attaque sur les conclusions d'un journaliste américain, spécialisé en automobile ; V. T. Maillet, *ibid.*

plus que les moyens de communication ont beaucoup évolué et permettent d'informer la « masse » de la population planétaire[546].

169. - Lien avec la naissance du droit de la consommation. La lecture de tous ces ouvrages historiques et sociologiques nous a permis de nous forger un avis sur la question de la naissance du droit de la consommation. Nous avons montré la lente évolution qui a amené la société sous sa forme moderne : la société de consommation en masse. Nous avons également esquissé ce tournant qu'est l'année 1962, année au cours de laquelle le consumérisme américain apparait. De plus, nous avons constaté les progrès en matière de communication qui permettent de faire circuler les informations et les idées à la vitesse de l'éclair. De tout cela, nous sommes arrivés à la conclusion suivante : **nous pensons que le consumérisme américain a pénétré l'Europe grâce aux nouveaux moyens de communication à disposition. Nous pensons qu'en réaction à la consommation en masse et suite au scandale de General Motors, un contre-mouvement apparait. Ce contre-mouvement, qui s'érige en critique de la société de consommation dans les années 1970, constitue le contexte dans lequel apparait le droit de la consommation. De fait, ce dernier est né d'un élan protecteur qui fait partie de lui et qui le caractérise. Nous pensons en conséquence que le droit de la consommation fait l'objet d'un discours particulier. Ce discours est un discours consumériste, un discours méfiant de la société de consommation, un discours qui voit en le consommateur une potentielle victime qu'il convient de protéger. Ainsi, le droit de la consommation, né à cette époque, est teinté de cet esprit critique ; les juristes qui ont développé, voir créé le droit de la consommation, ont donc naturellement fait de cet objectif le cœur de la matière ; ils ont fait de la protection des consommateurs l'intérêt principal du droit de la consommation.**

170. - Encore un effort… Avant de continuer, nous voudrions revenir sur les années 1970, années qui voient naitre cette « branche » du droit. Nous évoquerons l'émergence

[546] M. McLuhan écrivait à cet égard : « *De toutes parts nous parvient l'information à vitesse accélérée, à vitesse électronique. On dirait que nous faisons tous partie […] d'un petit village mondiale* », V. *Guerres et Paix dans le village planétaire*, Paris, Robert Laffont, 1970 (*War and Peace in the global Village*, New York, Bantam Books, 1967 ; V. aussi T. Maillet, *op. cit.,* p. 197 : « *la rapide installation de la télévision dans tous les foyers des pays développés permet la diffusion instantanée d'une image identique et logiquement son interprétation similaire. […] L'évolution des techniques et leur massive diffusion exigent de fortes décisions du pouvoir politique pour éviter au consommateur une soumission totale, comme le pressentait dès 1962 le président Kennedy* » ; ce point a trait au phénomène plus large appelé « globalisation » ou encore « mondialisation ». *Cf. infra*, n° 174. -

d'une pensée critique de la société de consommation à cette époque, car ce mouvement a pénétré l'esprit des juristes qui l'ont traduit le langage du droit. Il nous faudra donc aborder l'impact de ce mouvement sur l'émergence du droit de la consommation.

171. - Les leaders du mouvement critique de la société de consommation en masse. « *Depuis les années 1970, la société de consommation fait son apparition dans les pays producteurs de pétrole et plus généralement dans un nombre croissant de pays qui s'enrichissent, comme la Chine. Elle prend un élan mondial, notamment à travers le poids des firmes multinationales qui inondent la planète de leurs marques et de leurs produits.* […] *Les grandes marques que sont McDonald's, Starbuck, H&M ou Ikea sont présentes partout dans le monde, proposant des produits uniformisés sur toute la planète* »[547]. Ces quelques lignes extraites de l'ouvrage particulièrement éclairant du professeur M-E Chessel permettent de saisir l'ampleur du phénomène de la société de consommation à cette époque. Il est bien question de la diffusion d'un système à l'échelle mondiale. Dès lors, une tendance contradictoire, un contre-mouvement apparait, pour rétablir l'équilibre. Aux États-Unis, Herbert Marcuse[548] et John Kenneth Galbraith[549] incarnent cette résistance ; tous deux s'engageront dans la lutte idéologique contre les néolibéraux et dénonceront les disfonctionnement du système global de consommation en masse.

172. - Réception de la critique en France. En France, on pense évidemment à Roland Barthes, Pierre Bourdieu, Jean Baudrillard ou encore Guy Debord ; à vrai dire la liste est longue… Ainsi, Jean Baudrillard, dans son ouvrage *La société de consommation*[550], dénoncera également les dérivent du système. Il écrira par exemple cette puissante sentence : « *on ne peut qu'être d'accord avec Galbraith (et d'autres) pour admettre que la liberté et la souveraineté du consommateur ne sont que mystification. Cette mystique bien entretenue (et*

[547] *Cf.* M-E Chessel, *op. cit.,* p. 40 ; V. également T. Maillet, *op. cit.,* p. 186 et s.

[548] Américain d'origine allemande, Herbert Marcuse est membre de l'école de Francfort avec Theodor Adorno et Max Horkheimer. Deux ouvrages sont traditionnellement cités pour rendre compte de ses positions intellectuelles : *Eros et civilisation* ainsi que *L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée,* parus respectivement en 1958 et 1968 aux éditions de Minuit.

[549] Le petit résumé de G. Dostaler introduisant sa présentation de l'auteur est assez clair : « *Iconoclaste, provocateur et écrivain prolifique, John Kenneth Galbraith a battu en brèche les mythes du capitalisme et étudié les réalités des économies modernes. Son analyse a mis à jour la puissance des technostructures et fait de l'État un nécessaire garde-fou* », V. *op. cit.,* p. 198.

[550] *Cf.* J. Baudrillard, *La société de consommation, ses mythes, ses structures*, Folio essais, 2012.

en tout premier lieu par les économistes) de la satisfaction et du choix individuel, où vient culminer toute une civilisation de la « liberté », est l'idéologie même du système industriel, en justifie l'arbitraire et toutes les nuisances collectives : crasse, pollution, déculturation _ en fait, le consommateur est souverain dans une jungle de laideur, où on lui a imposé la liberté de choix »[551]. Jean Baudrillard s'attaque également à l'imaginaire sur lequel repose la société de consommation ; il écrit à propos des grands magasins que : « *toutes les rues, avec leurs vitrines encombrées, ruisselantes* […] *leurs étalages de charcuteries, toute la fête alimentaire et vestimentaire qu'elles mettent en scène, toutes stimulent la salivation féerique. Il y a quelque chose de plus dans l'amoncellement que la somme des produits : l'évidence de surplus, la négation magique et définitive de la rareté, la présomption maternelle et luxueuse du pays de Cocagne. Nos marchés, nos artères commerciales, nos Superprisunic miment ainsi une nature retrouvée, prodigieusement féconde : ce sont nos vallées de Chanaan où coulent, en fait de lait et de miel, les flots de néon sur le ketchup et le plastique, mais qu'importe ! L'espérance violente qu'il y en est non pas assez, mais trop, et trop pour tout le monde, est là : vous emportez la pyramide croulante d'huitre, de viandes, de poires ou d'asperges en boite en en achetant une parcelle. Vous achetez la partie pour le tout. Et ce discours métonymique, répétitif, de la matière consommable, de la marchandise, redevient, par une grande métaphore collective, grâce à son excès même, l'image du don, de la prodigalité inépuisable et spectaculaire qui est celle de la fête* »[552]. L'idée est proche du concept de « *société du spectacle* » qui se diffuse par l'intermédiaire de Guy Debord[553]. On peut aussi évoquer la critique de l'idée selon laquelle la société de consommation en masse permet de dépasser la distinction entre les différentes classes sociales. Pierre Bourdieu, par exemple, explique que contrairement à ce que l'on pourrait croire, les différentes classes sociales n'ont pas disparu. Alors que certains voyaient en la société de consommation un moyen de tirer vers le haut chaque citoyen et où ces derniers étaient égaux face à la consommation[554], Pierre Bourdieu considère à rebours que des différences sensibles subsistent dans les pratiquent de

[551] *Ibid.,* p. 99.

[552] V. J. Baudrillard, *op. cit.,* p. 19 ; Roland Barthes avait également observé ce caractère s'agissant de l'automobile : « *L'automobile est l'équivalent assez exact des cathédrales gothiques […] consommée dans son image, sinon dans son usage, par un peuple entier qui s'approprie en elle un objet parfaitement magique* », V. R. Barthes, *Mythologies in Œuvres complète I*, Paris, Le Seuil, 1993, p. 655.

[553] Il développera la thèse d'une domination des objets sur la vie dans son ouvrage *La société du spectacle,* paru en 1967. Il existe une réédition récente (1996) de l'ouvrage aux éditions Folio Gallimard.

[554] En ce sens, J. Lazarus, *Les pauvres et la consommation, 20ème siècle,* Revue d'histoire, n° 91, p. 125-135.

consommation[555]. En somme, « *les pratiques de distinction, vues chez les aristocrates de l'Ancien Régime, puis la bourgeoisie du 19ème siècle, se poursuivent sous de nouvelles formes dans la société de masse* »[556]. Quoiqu'il en soit, les critiques sont rudes et la société de consommation ne s'impose plus avec la force de l'évidence ! D'autant qu'à côté de cette rébellion d'intellectuels engagés apparaissent de nouveaux problèmes de société, comme par exemple la question de l'environnement.

173. - De nouveaux problèmes, l'exemple des déchets. La question des fondements de la société de consommation est importante et on vient de voir que les intellectuels s'attaquent à différents piliers de celle-ci. Mais des problèmes plus concrets se posent dans ce contexte nouveau et parmi eux le problème des déchets[557]. Dans la société de consommation en masse, toute chose existe en quantité gigantesque et les déchets n'échappent pas à cette règle… Les citoyens-consommateurs achètent plus de choses et produisent en conséquence bien plus de déchets qu'auparavant. La gestion des déchets devient un enjeu majeur du monde moderne ; il faut donc également essayer de sensibiliser les citoyens pour en réduire le nombre. Pour se faire une idée : « *en 2009, chaque Français se débarrassent quotidiennement d'un kilo d'ordure ménagères, soit deux fois plus que quarante ans auparavant, deux fois plus que dans les pays du tiers-monde, mais deux fois moins qu'un Américain moyen* »[558]. En somme, dans une société où l'on produit en masse et où l'on consomme en masse, il n'est pas surprenant que l'on jette massivement ! Abordons maintenant une question fondamentale, la question de la globalisation.

174. - La globalisation, vecteur de la diffusion mondiale de la société de consommation. A partir des années 1970, on assiste à un phénomène nouveau dit de « globalisation » ou « mondialisation » ou encore « économie-monde »[559]. Marshall McLuhan disait é cet égard que « *de toutes parts nous parvient l'information à vitesse accélérée, à*

[555] *Cf.* P. Bourdieu, *La distinction : critique sociale du jugement*, Paris, Minuit ; dans le même sens, V. J. Baudrillard*, op. cit.,* p. 75 en particulier : « *La consommation est une institution de classe* ».

[556] V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 38.

[557] V. M-E Chessel, *op. cit.,* p. 40-42.

[558] *Ibid.* L'auteur se fonde sur les travaux de H. Weber, *Les ordures ménagères et l'apparition de la consommation de masse. Une comparaison franco-allemande in Une protection de la nature et l'environnement à la française, 19ème-20ème*, sous la direction de C-F Mathias et J-F Mouhot, Seyssel, Champs Vallon (à paraitre).

[559] V. T. Maillet, *op. cit.,* p. 196 ainsi que M-E Chessel, *op. cit.,* p. 42.

vitesse électronique. On dirait que nous faisons tous partis […] *d'un petit village mondial* »[560]. Or, cette massification « *fascine autant qu'elle inquiète* »[561]. En effet, le marché prend petit à petit une taille incommensurable ; on produit en Chine ou en Inde ce qui sera acheté puis consommé dans tout l'Occident. De là apparaissent de nombreuses interrogations, on prend conscience de l'hyperpuissance de certaines multinationales et parallèlement, le consommateur apparait comme faible dans ce nouveau rapport qui s'établie entre les professionnels et les consommateurs. Dans un tel contexte, l'État va se trouver dans l'obligation d'intervenir *au nom du consommateur*, pour le protéger ; mais il doit également assurer une bonne régulation du marché puisque ce dernier constitue le cœur de la société de consommation dans laquelle nous vivons.

2. Objectifs et raison d'être du droit de la consommation en tant que droit de la société de consommation[562]

175. - Idée générale. Eu égard à tout ce qui vient d'être évoqué, il nous paraît nécessaire de revenir sur les objectifs du droit de la consommation, sur sa raison d'être. Or nous avons essayé de montrer, tout au long de ce chapitre, l'indéfectible lien qui existait entre le droit de la consommation et la société de consommation. C'est ainsi l'idée d'un droit de la consommation en tant que droit de la société de consommation qui a été défendue. A partir de cette idée, deux axes semblent innerver le droit de la consommation. Ce dernier oscille entre deux pôles qui l'attirent, lui donnant par là même une raison d'exister. Le droit de la consommation aurait ainsi vocation à protéger le consommateur (a). Cela est indéniable et s'explique très bien par l'histoire. Mais dans la mesure où la société de consommation est une société organisée autour du marché, le droit de la consommation apparaît également comme un droit régulateur (b). Le lecteur pourra ainsi apprécier la force de l'analyse historique et son importance pour comprendre le droit de la consommation, la logique qui l'anime.

[560] *Cf.* M. McLuhan, *Guerre et Paix dans le village planétaire,* Paris, Robert Laffon, 1970.

[561] L'expression est employée par le professeur Chessel, V. *op. cit.,* p. 42.

[562] Précisons dès maintenant qu'à ce stade de l'étude, nous serons bref à ce sujet. Cela parce que nous aurons l'occasion d'y revenir beaucoup plus en détail dans la seconde partie.

a. Le droit de la consommation : un droit protecteur

176. - Une fonction de protection des consommateurs. Parmi les objectifs du droit de la consommation, on trouve cette fonction de protection. D'ailleurs il est probablement impossible de passer à côté de cette idée lorsqu'on s'intéresse aux ouvrages consacrés à la matière. Cette assertion se vérifie partout : « *Ensemble de règles régissant les relations entre professionnels et consommateurs et visant plus particulièrement la protection de ces derniers, le droit de la consommation a connu au cours des dernières années, un développement considérable* »[563] et tend à occulter les autres. Le consommateur serait en situation de faiblesse face à des professionnels mieux armés que lui et le droit de la consommation apparaît dans cette perspective comme un ensemble de règles ayant vocation à rééquilibrer la relation professionnels-consommateurs[564]. Le constat d'un droit de la consommation présenté comme un ensemble de règles protectrices s'explique par l'histoire.

177. - Explication historique. Pourquoi donc la doctrine insiste à ce point sur cet aspect du droit de la consommation ? Comment expliquer ce souci des auteurs à rappeler sans cesse cette dimension de protection ? Il suffit pour répondre à ces interrogations de revenir sur l'analyse historique qui a été menée. En effet, les lois qui forment le droit de la consommation sont adoptées à partir des années 1970[565]. Or c'est à cette époque un climat de méfiance qui règne en France[566]. Soyons plus précis : la société de consommation à l'origine vécue comme une bénédiction, le « rêve américain » d'une vie meilleure avec plus de confort va montrer un

---

[563] Tels sont les premiers mots qui figurent sur la quatrième de couverture de l'ouvrage de J. Calais-Auloy et H. Temple. Dans le même esprit, S. Piedelièvre écrit que : « *cet ouvrage expose de manière exhaustive le droit de la consommation qui a pour objectif de remédier à l'infériorité contractuelle de l'une des parties* », V. *op. cit.,* quatrième de couverture. V. aussi Y. Auguet, *op. cit.,* p. 20 : « *Dans une acception étroite, admise par tous, le droit de la consommation peut être défini comme l'ensemble des règles dont le but est de protéger les consommateurs dans leurs relations avec les professionnels* ». C'est également cette idée qui ressort de la définition proposée par le *Vocabulaire juridique* de Cornu : « *Nom donné à l'ensemble des lois spéciales destinées à assurer la protection du consommateur…* », *Cf. op. cit.,* v°.

[564] Encore une fois, il paraît difficile d'ignorer cette idée qui figure partout : « *la relation professionnel et consommateur est naturellement déséquilibrée. La compétence du professionnel, les informations dont il dispose, et souvent sa dimension financière, lui permettent de dicter sa loi au consommateur* », V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *op. cit.,* p. 1. Mais la plupart des introductions insistent sur cet objectif. V. S. Piedelièvre : « *on peut considérer qu'il est essentiellement un droit de la partie faible, les consommateurs subissent la domination d'une partie forte : les professionnels. (…) Il a pour objectif de rééquilibrer les relations contractuelles*

[565] En 1972, pour être plus précis, avec la loi régissant le démarchage, V. *supra,* n° 20. - et s.

[566] V. *supra,* n° 171. - et s. sur ce mouvement critique de la société de consommation.

nouveau visage avec l'affaire General Motor's évoquée plus haut[567]. S'opère à l'époque une prise de conscience des dangers de la société de consommation en masse, d'un libéralisme poussé à outrance. Plus significatif encore : la visite de Ralph Nader à la FNAC en 1972 paraît jouer un rôle primordial dans la diffusion de l'esprit consumériste[568], et sa visite correspond exactement à l'adoption de la première loi régissant le démarchage. Il y a corrélation du point de vue temporel entre la pénétration du consumérisme américain et l'apparition du droit de la consommation, ce qui explique parfaitement l'importance de la protection des consommateurs en matière de droit de la consommation. C'est donc à partir de ces considérations consuméristes que va se forger le droit de la consommation.

178. - Vérification par les écrits en la matière. Un des premiers articles en la matière, rédigé par J. Calais-Auloy, confirme parfaitement cette analyse. Le titre est particulièrement révélateur : « *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs* »[569] et le propos gravite ainsi autour de cette idée de protection. Il en va de même dans la quasi totalité des articles parus à l'époque : J.-P. Pizzio rédigera ainsi un article intitulé « *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile* »[570] et qui orbite autour de la même idée de protection. Plus largement, disons que la liste des écrits qui intègrent dans leur titre le terme « protection » est impressionnante[571] et met en pleine lumière cet objectif incontestable du droit de la consommation qu'est la protection des consommateurs.

---

[567] V. *supra,* n° 168. -

[568] Ce que remarquait monsieur Piedelièvre : « *Ralph Nader a donné une grande impulsion au mouvement consumériste qui est parvenu en Europe…* », *Cf. op. cit.,* p. 2.

[569] *Cf. D.* 1973, p. 266.

[570] V. *RTD. Civ.* 1976, p. 66

[571] V. entre autre (la liste n'est pas exhaustive) : A. Bietrix et H. Birbès, *Vente à domicile et protection des consommateurs, Cah. Dr. De l'entreprise,* I, 1973 ; G. Cornu, *La protection du consommateur et l'exécution du contrat, in* Association H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 145 ; A. Françon, *Rapport sur la protection du consommateur dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit français, in La protection des consommateurs,* Trav. Ass. H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 117 ; J. Calais-Auloy, *La protection légale et réglementaire du consommateur. Lacunes. Excès,* in *Données Nouvelles pour un droit de la consommation,* 2ème rencontre Université-Entreprise, organisée les 17 et 18 novembre 1972 à Aix-en-Provence par l'Institut de droit des affaires et le Centre de perfectionnement dans l'administration des affaires, Paris, Dalloz, 1974, p. 49 ; G. Gavalda, *L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (commentaire de la loin° 78-22 du 10 janvier 1978), D. 1978, Chron.* p. 189 ; J. Stoufflet, *La protection du consommateur, in* Mélanges E. de Lagrange (1978), p. 227 ; Ph. Malinvaud, *La protection du consommateur, D.* 1981, chron. 49 ; Vassaux-Vanoverschelde, *L'amélioration de la protection des consommateurs par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989, D.* 1990, p. 51 ; J-P. Pizzio, *La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des*

b. Le droit de la consommation : un droit régulateur

179. - Une fonction de régulation. Certes on ne peut pas ignorer cet objectif de protection assigné au droit de la consommation. Mais il serait sans doute réducteur de ne voir en lui que cet unique but. Du fait qu'il est le droit de la société de consommation, le droit de la consommation a également pour but d'assurer le bon fonctionnement du marché, de réguler les relations économiques. Il constitue à cet égard un droit du marché. L'histoire de la société de consommation permet de prendre conscience de cet aspect. En effet, nous avons essayé de montrer que la société de consommation était un modèle centré sur le marché. Il implique une production en masse en vue d'une consommation en masse et cela rend nécessaire une régulation des relations économiques par le droit.

180. - Une fonction occultée. Si l'aspect protecteur du droit de la consommation a largement été souligné par les auteurs, sa fonction régulatrice est beaucoup plus en retrait. Pour des raisons sur lesquelles nous reviendrons, le droit de la consommation reste la plupart du temps cantonné à sa fonction de protection. Trop souvent, la doctrine restreint cette branche du droit à la protection des consommateurs, ce qui pose un certain nombre de problèmes. C'est d'ailleurs pour cela que nous avons passé tout ce temps à mettre en lumière le lien entre le droit de la consommation et la société de consommation. Le but était bel et bien de remettre le droit de la consommation dans une perspective économique. De montrer que le droit de la consommation ne pourrait pas exister sans la société de consommation, soit une société gravitant autour du marché, d'une production et d'une consommation en masse. Sans cela à l'esprit, il n'est pas possible selon nous de rendre compte avec justesse du phénomène du désengagement. Car le désengagement, contrairement à ce que l'on lit trop souvent, n'est pas simplement un mécanisme de protection du consommateur et de son consentement.

---

consommateurs, D. 1992, p. 181 ; J. Passa, *Commerce électronique et protection du consommateur, D.* 2002, p. 555 ; A. Penneau, *Contrat électronique et protection du cybercontractant, du Code de la consommation au Code civil, LPA.* 13 mai 2004, n° 93, p. 3 ; L. Leveneur, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs : recul de la protection des acheteurs en France, Contrats, Conc. Consom*., 2009, repère 8 ; M. Roussille, *Démarchage et services financiers à distance : quelle protection pour le consommateur ?, Contrats, Conc., Consom.* 2010, p. 16. On peut donc observer que le discours qui s'organise dans les années 1970 et centré sur l'idée de protection des consommateurs se renforce largement au fil des ans. Il paraît donc difficile de nier que le droit de la consommation vise la protection des consommateurs.

181. - Conclusion du second chapitre. Le droit de la consommation est un droit du marché. L'analyse historique qui a été menée tout au long de ce second chapitre avait pour objectif de mettre en lumière ce lien intime entre le droit de la consommation et la société de consommation. L'histoire confirme cette hypothèse. Au milieu du 18ème siècle, les mentalités changent et invite à voir les bénéfices que titrerait la société d'une société où l'économie domine. La production et la consommation vont devenir petit à petit des objectifs primordiaux dans nos sociétés. La création de richesses devient un but essentiel favorisant le quotidien des citoyens qui vont se métamorphoser en « citoyens-consommateurs ». Cet idéal va être rendu possible grâce aux nombreux progrès techniques qui seront faits, notamment au 19ème siècle avec la révolution industrielle. Cela étant dit, le droit de la consommation apparaît clairement comme un droit du marché. Les règles qui forment cette branche du droit de peuvent faire abstraction du bon fonctionnement du marché, car si le marché s'effondre, c'est la société toute entière qui risque de s'écrouler. Mais la société de consommation va vite donner à voir les vices du système : un consommateur proie aux grandes entreprises et à leur comportement, parfois excessif. L'affaire General Motor's constitue le symbole le plus explicite de ce danger. C'est alors la méfiance et la réticence qui vont gagner les esprits. On comprend donc que le droit de la consommation se construit dans un contexte particulier, un climat de méfiance envers la société de consommation si bien que c'est l'idée de protection des consommateurs qui va émerger dans les années 1970, relayant la fonction de régulation au second plan.

182. - Conclusion du premier titre. Ce premier titre s'inscrivait dans la démarche suivante : démontrer que le droit de la consommation était un droit du désengagement. Nous sommes arrivés à cette conclusion à partir de l'analyse des dispositifs du droit de la consommation qui par principe organise un droit de changer d'avis, un droit de revenir sur son engagement. L'ensemble des règles qui forment le droit de la consommation prévoient toujours une telle faculté et ce n'est qu'exceptionnellement que ce droit est écarté. Quoiqu'il en soit, le consommateur démarché, qui contracte à distance, ou qui s'engage dans certains contrats particuliers (un contrat de crédit, un contrat de courtage matrimonial…) peut toujours se désengager. Le second temps de la réflexion avait pour but de remettre le droit de la consommation dans une perspective historique. Plus précisément, il s'agissait de montrer que le droit de la consommation était le droit de la société de consommation. Soit une société qui gravite autour du marché et de considérations économiques. Dès lors, le droit de la

consommation nous est apparu comme un droit du marché, un droit économique, un droit de régulation. Mais c'est finalement une autre idée, dans les années 1970, émerge : l'idée que le droit de la consommation a pour raison d'être la protection des consommateurs. Cette assertion s'explique, comme nous avons essayé de le montrer, par le contexte particulier de l'époque, à savoir un contexte de méfiance à l'égard de la société de consommation qui a donné à voir son « côté obscur ». Nous passons ainsi à l'étude du droit civil des contrats, qui organise comme nous le montrerons un droit de l'engagement et qui permet de la sorte de révéler au sein du droit des contrats une tension.

TITRE 2

L'ORGANISATION DE L'ENGAGEMENT CONTRACTUEL PAR LE DROIT CIVIL

183. - Hypothèse et plan. Toujours dans le but de révéler une tension au sein du droit des contrats, il convient de revenir sur le paradigme civiliste qui trouve sa quintessence dans l'idée d'un droit de l'engagement. En effet, « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Donc le contrat est une convention qui crée des obligations[572]. Le contrat va ainsi « lier »[573] les parties, on dit que le contrat a force obligatoire conformément à l'article 1134 du Code civil qui dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » ! Ajoutons à cela que c'est par la Parole qu'il a donnée que le débiteur se trouve lié : « *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* »[574] ; c'est le principe du consensualisme[575]. De ce point de vue, un premier élément plaide en faveux de l'idée selon laquelle le droit civil des contrats organise un droit de l'engagement, un élément symbolique : en droit civil, par le contrat, je **« mets en gage » ma Parole**[576]. Il faut ainsi tenir la Parole que l'on donne et respecter les promesses que l'on fait,

---

[572] On trouve ici l'élément qui permet de distinguer contrat et convention. Le contrat est un type de convention qui crée des obligations mais toutes les conventions ne créent pas des obligations (elles peuvent les éteindre ou les modifier). Le paiement par exemple, est une convention (qui éteint une obligation) mais il n'est pas un contrat puisque précisément il ne crée aucune obligation.

[573] Le terme « obligation » vient du latin *ligare* qui signifie justement lier. *Ob-ligare* veut donc dire « lier par devant ».

[574] *Cf.* A. Loysel, *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France,* réimpression de l'éd. De Paris, 1846, Slatkine reprints, Genève, 1971, T. I, Liv. III, Tit. I, n° 357. Cette formule semble avoir été tirée d'un vieux proverbe français qui disait : « *Comme les bœufs par les cornes on lie ; Aussi les gens par leurs mots font folie* ».

[575] L. de Sutter relevait qu' « *avec le consensualisme, le droit se développe comme une pratique du lien, du nexum, assujettissant celui qui se lie aux obligations qu'il contracte* », V. L. de Sutter, *Deleuze, La pratique du droit,* Le bien commun, éd. Michalon, 2009, p. 83. Ce propos va dans le sens des hypothèses qui ont été formulées.

[576] Nous nous inspirons ici d'une idée développée par monsieur V. Forray, *cf. Le consensualisme dans la théorie générale du contrat,* BDP, T. 480, LGDJ, 2007, préf. G. Pignarre, n° 770. L'auteur développe cette idée de « *la parole donnée en gage* » et écrit que : « *l'expression parole donnée prend alors une signification symbolique*

telle est la logique du droit civil des contrats, le symbole qui s'incarne dans l'article 1134 du Code civil. Cette règle est le fruit de notre histoire, elle doit être rattachée au christianisme. La généalogie du principe de force obligatoire met cette « parenté » en pleine lumière. Ainsi en droit civil, par le contrat, je mets en gage ma parole : la parole est donnée en-gage (Chapitre 1). Mais le droit civil consolide les promesses et garantit leur respect par une autre règle, règle que l'on peut résumé par l'adage « *qui s'oblige oblige le sien* ». En d'autres termes, lorsque je mets en gage ma Parole, c'est aussi **mon patrimoine que je mets en gage** (Chapitre 2). Cette assertion renforce considérablement l'hypothèse d'un droit civil des contrats correspondant à un droit de l'engagement, elle donne par ailleurs sa plénitude à la règle *Pacta sunt servanda*. Mais ces deux points seront précédés de développements, très courts, ayant pour but de montrer la proximité qui existe entre les notions essentielles auxquelles nous serons confrontés (Chapitre préliminaire). Contrat, promesse, engagement sont autant de concepts qui se définissent les uns par rapport aux autres. Ces notions forment une matrice et invitent à voir dans le droit civil des contrats un paradigme qui gravite autour de l'idée d'engagement.

étonnante : la parole est donnée en gage de l'exécution des actes que l'on promet d'accomplir. Monsieur Sériaux s'est livré à une analyse approfondie, et à notre connaissance inédite, de cette question, en rapprochant le formalisme, la notion de gage et de don de la parole. Cet auteur relève en préambule que « signes, formes et formalisme ont une autre fonction, trop souvent négligée : celle de symboliser une réalité sous-jacente, à savoir l'engagement à l'égard d'autrui » (A. Sériaux, Droit des obligations, PUF, 2ème éd., 1998, n° 38). La parole échappe à son auteur une fois prononcée, « elle appartient à autrui, à celui qui l'a reçue » (A. Sériaux, Droit canonique, PUF, 1996, n° 259). Se trouve ainsi transmis « le pouvoir d'exiger ce qui a été énoncé par des paroles. Par cette manifestation objective, sensible, de la volonté, s'opère un transfert, au profit du créancier, de la prestation due » ».

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

ÉLÉMENTS DE DÉFINITION

184. - Importance des définitions. La définition se définit comme « *l'opération mentale qui consiste à déterminer le contenu d'un concept en énumérant ses caractères ; résultat de cette opération sous la forme d'une proposition énonçant une équivalence entre un terme et l'ensemble des termes connus qu'il explicitent* »[577]. Proche de la seconde proposition, on parle d'une définition en tant qu'elle est « *une formule qui donne le sens d'une unité du lexique et lui est à peu près synonyme* ». C'est enfin l' « *action de caractériser, de préciser une idée, une notion* »[578]. Il est possible de synthétiser ces différentes propositions en une seule : il faut savoir de quoi l'on parle. Cette prescription n'est pas nouvelle, loin s'en faut. Elle a donné naissance à la philosophie en Grèce antique, lui assignant ses objectifs[579]. Elle constitue aujourd'hui une habitude, un réflexe, un « détour » nécessaire pour accéder à la connaissance, quelque soit la discipline dont il est question, et le droit n'y échappe pas. Ainsi nous nous arrêtons, fidèles aux traditions, sur les définitions importantes.

---

[577] Le petit Robert de la langue française, 2006, (texte remanié et amplifié sous la dir. de Rey-Debove J. et Rey A.), V°, 1.

[578] Ces deux sens constituent les 2 et 3 de la définition précitée, V. *Ibid.*

[579] Ainsi, cet impératif (en vertu duquel il faut savoir de quoi l'on parle) apparaît clairement dans un dialogue entre Socrate et Hippias, rapporté par Platon (V. Platon (vers 420-340 av. J.-C.), *Hippias majeur,* 287 d-288 b, trad. V. Cousin, Éd. Hatier, 1985.), et qui porte sur la question de savoir « *ce qu'est le beau ?* » :

SOCRATE. Étranger, poursuivra-t-il, dis-moi donc ce que c'est que le beau.

HIPPIAS. Celui qui fait cette question, Socrate, veut qu'on lui apprenne ce qui est beau?

SOCRATE. Ce n'est pas là ce qu'il demande, ce me semble, Hippias, mais ce que c'est que le beau.

HIPPIAS. Et quelle différence y a-t-il entre ces deux questions? SOCRATE. Tu n'en vois pas?

HIPPIAS. Non, je n'en vois aucune.

SOCRATE. Il est évident que tu en sais davantage que moi. Cependant fais attention, mon cher. Il te demande, non pas ce qui est beau, mais ce que c'est que le beau.

HIPPIAS. Je comprends, mon cher ami: je vais lui dire ce que c'est que le beau, et il n'aura rien à répliquer. Tu sauras donc, puisqu'il faut te dire la vérité, que le beau, c'est une belle jeune fille.

Nous voyons par là le reproche que fait Socrate au sophiste posté devant lui : le philosophe cherche « l'idée », il ne se contente pas d'exemples, mais doit au contraire se tourner vers l'essence des choses. Il doit en d'autres termes partir à la découverte de la vérité. Tel est l'argument qui fonde ce qui aujourd'hui est devenu un « réflexe ». On retrouve cette critique du sophisme dans un autre dialogue, tout aussi célèbre, où Socrate refuse l'idée avancée par Protagoras selon laquelle « *l'homme est la mesure de toute chose* ». Pour Socrate, il faut par la raison rechercher de la vérité, et essayer de dégager des essences ; c'est ce qu'il exprimera au travers de l'allégorie de la caverne.

185. - Engagement. L'objet plus spécifique de notre thèse est le « désengagement » en droit des contrats. Sans trop tergiverser, nous pouvons *a priori* soutenir que le désengagement s'oppose à l'engagement[580], notion sur laquelle il faut donc s'arrêter. Dans le dictionnaire, on trouve plusieurs définitions qui semblent partager des caractères communs : « *(1) dr. Action de mettre en gage ; (2) Action de se lier par une promesse ou une convention. Un engagement moral, formel / Alliance, contrat, pacte, serment, traité, parole ; spécialement promesse de fidélité en amour, liaison ou union qui en résulte. Dr. Obligation ; (3) recrutement par accord entre l'administration militaire… Par analogie, contrat par lequel une personne louent ses services* »[581]. S'oppose à l'engagement les notions suivantes : Dégagement, reniement, renvoi, désengagement, non-engagement.

186. - Engagement-promesse ; engagement-obligation. La première définition est intéressante et en dit long (elle dit peut être tout !) sur le sujet : s'engager, c'est d'abord et avant tout mettre quelque chose en gage. Et ce quelque chose, dans le droit (civil) des contrats, c'est d'abord la Parole. Cela saute aux yeux lorsque l'on compare les définitions du dictionnaire de langue française avec le *Vocabulaire juridique*. Les trois premières définitions (nous avons tendance à penser que l'ordre choisi dit quelque chose sur l'importance des définitions, qu'il les hiérarchise en quelque sorte) que l'on y trouve sont les suivantes : « *(1) Promesse ; plus généralement, manifestation de volonté (offre ou acceptation) par laquelle une personne s'oblige ; (2) L'obligation qui résulte de cet engagement volontaire ; (3) Plus généralement, l'obligation résultant d'une source quelconque (contractuelle ou extracontractuelle) ; engagement unilatéral de volonté. Nom parfois donné soit à l'acte juridique unilatéral par lequel une personne manifeste la volonté de s'obliger envers une autre, soit à l'obligation qui en résulte pour son auteur, au moins dans le système juridique*

[580] Les juristes se sont rarement arrêtés sur la notion d'engagement en tant que tel, préférant aborder la problématique sous l'angle du contrat, ou des obligations. Pour preuve, la bibliographie générale sur les notions générales contenue dans le Code civil (V. sous chapitre premier « *dispositions préliminaires* ») n'en fait pas mention. A ce jour (et à notre connaissance), seule une thèse a été consacrée à cette notion : V. L. Todorova, *L'engagement en droit,* ANRT, Thèse à la carte ; l'auteur a complété et précisé son travail dans un ouvrage intitulé *L'engagement en droit, L'individuation et le Code civil au 21ème siècle,* Publishbook, nous reviendrons bien entendu sur cette étude. Un article rédigé par Ph. Brun renvoi aussi à ce concept, V. *Le droit de revenir sur son engagement, Droit et Patrim.* 1998, p. 78

[581] Pour ces définitions, V. Le petit Robert de la langue française, 2006, (texte remanié et amplifié sous la dir. de Rey-Debove J. et Rey A.), V°. On trouve également des définitions plus spécifiques : « *(4) État d'une chose engagée dans une autre ; (5) Action d'engager, de commencer une action ; (6) Introduction d'une unité dans la bataille ; (7) xx, action d'engager la partie ; (8) Engagement de dépenses ; (9) Inscription des concurrents ; (10) Acte ou attitude de l'intellectuel, de l'artiste, qui prenant conscience de son appartenance à la société et au monde de son temps, renonce à une position de simple spectateur et met sa pensée ou son art au service d'une cause* ».

qui admet qu'un individu puisse, par une manifestation de sa seule volonté, se rendre débiteur d'une personne (de la part de laquelle on ne constate ni ne suppose aucune acceptation expresse ou tacite) »[582]. La définition qui renvoi à la « *constitution du gage ; action de mettre une chose en gage, ou plus généralement, de la grever d'une sûreté* » n'arrive qu'en sixième position. En conséquence, il semble que les juristes rattachent avant tout la notion d'engagement à celle de promesse. Cela n'est pas neutre et nous signifie quelque chose, de fondamental qui plus est. Nous reviendrons sur cela au fur et à mesure de l'avancée de notre réflexion. Mais l'important reste que, pour le juriste, l'engagement renvoi d'abord à la notion de promesse, laquelle oblige celui qui l'a faite ; l'engagement est donc une promesse par laquelle une personne s'oblige. Mais c'est également « *l'obligation qui résulte de cet engagement volontaire* »[583] ! Il y a là un élément important, qu'il faudra nécessairement approfondir. Étudier le (dés-) engagement implique d'avoir à l'esprit cette dualité du sens. L'engagement est d'une part la promesse par laquelle on s'oblige, d'autre part l'obligation qui en résulte. Nous verrons comment cela se traduit en matière de droit civil des contrats[584].

187. - Promesse juridique. Revenons maintenant sur la notion de promesse. Une promesse, qu'est-ce à dire au juste ? Nous venons de voir que les juristes avaient arrimés le concept à celui d'engagement. Est-ce la même chose ? Sont-ce des synonymes ? Communément, on appelle une promesse l' « *Action de promettre, fait de s'engager à faire quelque chose. / Engagement, Parole, Serment* »[585]. C'est donc au travers de la notion d'engagement que l'on définit l'idée de promesse. Ainsi, à l'instar de deux miroirs l'un en face de l'autre, les notions d'engagement et de promesse semblent, à défaut de se confondre, être liées dans l'infini. Dans le *Vocabulaire juridique*, le « *sens général* » du terme promesse est : « *engagement de contracter une obligation ou d'accomplir un acte (serment, offre, pollicitation)* »[586]. Il y a également une définition du verbe « promettre » : « *(1) S'engager, s'obliger, contracter une obligation ; (2) Jurer, prêter serment, s'engager sous la foi du serment (devant les hommes et parfois devant dieu ou sous une autre invocation suprême mais toujours en présence d'une autorité). Dans la formule du serment promissoire,*

[582] *Cf* G. Cornu, Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique,* PUF, 7ème éd. « Quadrige », 2006, V°.

[583] C'est la deuxième définition proposée par le *Vocabulaire juridique, cf.* G. Cornu, *op. cit.,*V°.

[584] V. *infra,* n° 184. - et s.

[585] *Cf.* Le petit Robert de la langue française, 2006, V°.

[586] V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°. Notons que sont définies juste après les actes juridiques que sont la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique.

promettre est souvent associé à jurer »[587]. Donc promettre, c'est s'engager et la notion contient donc bien cette idée d'une obligation inhérente à la promesse, aux engagements.

188. - Fidélité. Il devient de plus en plus difficile de séparer intellectuellement la promesse, ou l'engagement, de l'obligation qui en résulte. Du don de la Parole jaillit une force qui fait partie d'elle ; il n'est guère possible d'étudier la Parole donnée sans y intégrer l'étude de son respect. En d'autres termes, on pense les notions promesse et d'engagement en y intégrant l'idée de « fidélité » : il faut être fidèle à sa Parole, aux promesses que l'on fait. C'est bien ce qu'il ressort de la première définition du mot « fidélité » proposée par le *Vocabulaire juridique* de Cornu : « *Foi due à un engagement ; respect de la parole donnée ; accomplissement correct et ponctuel de la mission confiée. Fidélité conjugale* ». Se tisse alors un voile où les files de promesse, d'engagement se nouent à ceux d'obligation et de fidélité, voile où la multitude des concepts trouve sa quintessence en un seul principe : le respect de la Parole donnée. Les promesses induisent la confiance mais de ce fait elles impliquent la constance ; c'est comme cela que les hommes en s'engageant deviennent déterminés, uniformes, nécessaires, prévisibles, semblables les uns aux autres, et, à un moment, appréciables[588].

189. - Parole. Brièvement, et pour renforcer un peu plus cette vérité d'un indéfectible lien entre toutes ces notions. Le *vocabulaire juridique* définit le terme « Parole » comme « *l'engagement pris oralement (parfois nommé parole d'honneur), par extension toute promesse faite (parole donnée) / Bonne foi, consensualisme, promesse, serment, fidélité, respect* »[589]. Tout cela confirme une nouvelle fois notre proposition : promesse, engagement, obligation, fidélité, contrat sont autant de termes qui se définissent les uns par rapport aux autres et dont les contenus s'entrechoquent. Ce chapitre préliminaire touche à sa fin. L'objectif était de donner une vision globale la notion d'engagement, d'évoquer ses grandes caractéristiques, nous passons ainsi à l'étude de cette parole donnée en gage.

---

[587] *Cf. Ibid.*

[588] Réfléchir sur la promesse implique toujours la conscience d'un besoin *humain, trop humain* de prévisibilité, dont l'absence est toujours conçue comme une menace au vivre-ensemble, nous y reviendrons.

[589] V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°.

CHAPITRE PREMIER

LA PAROLE DONNÉE EN-GAGE

190. - Généalogie de la règle *Pacta sunt servanda.* La formation du contrat par l'échange des consentements et son effet obligatoire sont des principes fondamentaux du droit civil des contrats. A l'instar du droit de la consommation, le droit civil se comprend par l'histoire, le droit étant toujours le produit de l'histoire… Mais comme nous allons le voir, le projet civiliste est bien différent de celui imaginé par la société de consommation. Le projet civiliste est, comme son nom l'indique, un projet de « civilisation ». Il ne s'appuie pas sur la figure du consommateur mais sur celle du citoyen. Les règles du droit civil des contrats s'appuient sur des principes rationnels, universels, et la fidélité à la parole donnée fait partie de ces principes. Un certain nombre d'interrogations émergent alors : d'où vient cette règle qui forme le cœur de notre droit des contrats ? Quand, comment et pourquoi pénètre t'elle l'ordre juridique ? Comment évolue t'elle après sa consécration dans le Code civil ? Voilà les questions auxquelles nous devrons apporter des réponses. Les premiers développements auront trait à la genèse de cette règle, à ses origines et embrasseront la période allant jusqu'à la promulgation du principe dans le Code civil (section 1). Par suite nous analyserons l'évolution de cette disposition après 1804 (section 2). Ce travail permet de comprendre que le droit civil se fonde sur une certaine conception du contrat, un contrat promesse dont la clef de voute est la fidélité à la parole donnée : en ce sens, la parole est donnée.

Section 1

La fidélité à la parole donnée ; des origines de la règle à sa consécration dans le code civil

191. - Conjecture. La fidélité à la parole donnée en tant que règle générale et abstraite[590] est directement empruntée au droit Canon[591]. Elle dérive indiscutablement de la morale judéo-chrétienne. Ce sont des religieux qui ont énoncés la célèbre *Pacta sunt servanda*. Les juristes vont plus tard reprendre cette règle, et en faire un véritable principe juridique. C'est en s'inspirant des écrits de ces juristes que les rédacteurs du Code civil vont élaborer un véritable un système consacrant l'idée que la parole est donnée en gage et organisant ainsi un droit de l'engagement. Pour résumé, disons que la fidélité à la parole donnée telle que consacrée par le Code civil se comprend tant par ses sources (§1) que par le projet qu'il s'est fixé (§2).

[590] Tout comme il existe une clause générale de responsabilité (*Cf.* art. 1382 du C. C.), nous pouvons voir en l'art. 1134 du Code une sorte de « clause générale » du respect des promesses.

[591] Aussi nous écarterons une étude détaillée du droit romain, qui ne connaissait pas de règle générale et abstraite prescrivant le respect de la Parole donnée. C'est d'ailleurs ce qu'explique Portalis dans sa présentation au Corps législatif de l'exposé des motifs : « *Les auteurs de la loi des Douze Tables craignirent de multiplier les procès et de troubler la tranquillité publique si l'exécution de toutes les conventions était rigoureusement exigée. Ils eurent encore assez de confiance dans la bonne foi des citoyens, pour que chacun restât son juge : ils exceptèrent seulement les contrats qui, plus fréquents, plus importants, plus nécessaires à l'ordre social, ne devaient pas être impunément violés. Ils furent spécifiés dans la loi, et on les distingua sous le titre de contrats nommés. (...) Cependant l'intervention de la loi pour contraindre l'une des parties à remplir son engagement n'ayant lieu que quand l'autre partie l'avait exécuté, cela ne suffisait point encore pour faire triompher la bonne foi. Il n'y avait qu'un seul moyen de la maintenir, celui de rendre obligatoires les contrats du moment qu'ils auraient été formés, et avant même qu'ils fussent exécutés par l'une ou l'autre des parties* », V. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 13, p. 215-216 ; Les romains, bien qu'ayant élaborés la notion de contrat (sur ce point V. A. Supiot, *homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Ed. du Seuil*, 2005,* p. 150) n'avait donc pas de principe général du respect des promesses. En ce sens A. Supiot, *Ibid.,* p. 151 : « *S'il y a un principe en droit romain, c'est donc bien plutôt celui de l'inefficacité juridique de la parole donnée. Ex nudo pacto, actio non nascitur : la règle ne sera jamais abrogée, pas même sous Justinien, en dépit des aménagements de plus en plus nombreux dont on l'assortit* ». En conséquence, nous partirons de l'analyse du Droit Canon et des éléments de théologie qui se rapportent à l'émergence du principe *Pacta sunt servanda*.

§ 1. Analyse du principe civiliste du respect de la parole donnée à la lumière de ses sources

192. - **Rappels.** Comme nous l'avons expliqué, il n'existe pas en droit romain de règle générale et abstraite qui impose le respect de la parole donnée[592]. Précisons également que la règle, avant d'intégrer l'ordre juridique, est à l'origine une prescription de la morale[593], entendons par là de la morale judéo-chrétienne. Il conviendrait ainsi de distinguer le droit et la morale[594], distinction qui a donné l'une des controverses les plus intenses du 20ème siècle[595]. Quoiqu'il en soit le principe juridique du respect de la parole donnée ne peut être compris sans référence à la règle morale qui le soutient ; l'un ne va pas sans l'autre. Aussi nous intéresserons nous à la création de ce principe par les Canonistes (A). Cela fait, il sera possible de revenir sur la reprise de ce principe par les juristes à partir du 16ème siècle (B).

A. La création du principe *Pacta sunt servanda* par les canonistes

193. - **Fondements religieux.** Il a été soutenu que la règle *Pacta sunt servanda* dérivait de la morale judéo-chrétienne. Pour s'en convaincre, il faut revenir sur les concepts de la religion qui ont conduit à l'élaboration de cette règle (1). Quelques précisions seront par suite rapportées, précisions relatives à la consécration de *Pacta sunt servanda* dans le droit Canon (2).

---

[592] V. *supra,* note n° 494.

[593] En ce sens V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, op. cit.,* n° 747 : « *il semble ne faire aucun doute de ce que le respect de la parole donnée dégagé par les canonistes ressortisse à la morale et non au droit* ».

[594] *Cf. Ibid.*

[595] On songe évidemment à l'étude de Ripert consacrée à *La règle morale dans les obligations civiles,* 4ème éd., 1949, réimpr. L.G.D.J., 1996. V. également J. Carbonnier, *Droit civil,* T. 2, *op. cit.,* n° 932 et 937. L'auteur explique d'ailleurs s'agissant de l'ouvrage de Ripert que « *c'est le virage essentiel, la première remise en question de la séparation du droit et de la morale, spécialement dans le domaine du contrat* » (V. n° 937) « *alors que jusqu'à la première guerre mondiale, la séparation du droit et de la morale était enseigné comme un principe peu discutable* (V. n° 932).

1. Les fondements religieux de la règle *Pacta sunt servanda*

194. - Propos introductifs. Nous allons évidemment retrouver le vocabulaire que nous avons étudié lors de l'analyse des définitions importantes[596]. Mais c'est sous l'angle théologique que nous les présentons maintenant. Un regard sur la théologie n'est pas inutile, c'est même tout le contraire. Il donne un éclairage étonnant sur l'article 1134 du Code civil et le principe de force obligatoire. Nous retrouvons en effet dans ces concepts fondamentaux de la pensée judéo-chrétienne l'esprit qui innerve l'article 1134 du Code civil. Il sera donc question d'approfondir du point de vue théologique les notions d'Alliance, de Promesse et de Fidélité ; avant cela quelques mots sur la place de la notion de contrat au sein de la pensée chrétienne.

195. - Le contrat dans la pensée chrétienne. Bien que « *le contrat n'est pas un thème majeur de réflexion éthique dans les traditions chrétiennes* »[597], la notion de contrat a été abordée en théologie, notamment par les puritanistes anglais du 16ème siècle et par les théologiens écossais du 17ème, ces derniers ayant participé à l'essor du « contractualisme politique ». On retrouve dans la conception chrétienne de la notion de contrat les grandes « constantes » du concept : « *le contrat est une entente formelle visant la réciprocité d'action entre deux individus au moins. **Cette entente engage** chaque participant à respecter les termes du contrat* »[598]. Nous retrouvons ainsi le lien, la confusion entre la promesse qui est faite et l'obligation qui en découle ; en somme, nous retrouvons une logique proche de celle établie par le droit civil des contrats aux articles 1101 et s. du Code. Mais rappeler cela n'en dit pas beaucoup à propos du fait de savoir pourquoi ce lien est si intense. Or, de ce point de vue, il semble que l'arrimage entre la notion de contrat et celle d'alliance soit susceptible de nous éclairer : plus exactement, la notion de contrat s'analyse dans la pensée chrétienne comme une « sous-catégorie » de l'alliance[599], qui constitue le modèle parfait de la promesse

[596] V. *supra,* n° 5 et s.

[597] *Cf.* L. Lemoine, E. Gaziaux et D. Müller (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne,* CERF, 2013, *v°*

[598] V. *Ibid.*

[599] C'est d'ailleurs une des critiques que les théologiens ont élevé à l'encontre du contractualisme (en matière politique surtout) : « *le contrat paraît peu consistant en face de la notion biblique de l'alliance. Le contrat est alors décrit comme la formalisation d'une relation minimaliste, laquelle ne repose en effet que sur l'intérêt*

qui engage. Nous revenons donc sur la notion d'alliance, centrale au sein de la pensée théologique et fondamentale pour comprendre comment, dans nos sociétés, nous avons fini par donner au respect des engagements une valeur juridique aussi intense, comme en témoigne la formule de l'article 1134 du Code civil.

196. - L'Alliance chrétienne. Le concept d'alliance revêt en théologie une importance fondamentale puisqu'il est la source de la pacification des rapports entre les hommes[600]. La notion d'alliance réfère au terme hébreu *berît*, terme qui « *oscille entre promesse, obligation, unilatéralité et bilatéralité* », mais le plus important tient en ce que le mot « *signifie à la fois la promesse, l'obligation, les dispositions légales et enfin l'alliance proprement dite* »[601]. Nous comprenons mieux la proximité terminologique observée plus haut, lors de l'étude de terminologie générale[602] ; la promesse de Dieu envers son peuple implique directement un engagement, elle oblige[603]. C'est donc le premier point que nous voulons souligner : cette idée que la parole oblige[604] trouve sa source dans le concept judéo-chrétien « d'alliance ».

197. - Alliance et loi. De plus, nous observons dans la conception biblique de l'alliance un lien étroit avec la loi, à l'instar de ce que nous avons observé dans le système du Code et plus précisément, à l'article 1134. En ce sens, I. Chareire écrit que : « *le don de la loi dans l'alliance est le risque pris par Dieu de la défaillance de son partenaire humain* »[606].

---

mutuel des partenaires à protéger leurs intérêts propres. L'alliance, au contraire, serait anthropologiquement et moralement plus dense… », V. *Ibid.*

[600] « *Lorsqu'au choc des corps se substitue l'échange d'une parole, lorsque avec la fin de la lutte à mort, l'agressivité de l'échange laisse place à la pacification des rapports, alors commencent les alliances humaines* », *Cf.* I. Chareire in L. Lemoine, E. Gaziaux et D. Müller (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne,* CERF, 2013, V°.

[601] V. *Ibid* pour ces deux citations

[602] V. *supra,* n° 184. - et s.

[603] « *En ce jour là, Yahvé conclu une alliance avec Abram en ces termes : c'est à ta descendance que je donne ce pays* ». (*Cf.* Gn ; 15, 18) ; en échange « *les fils d'Israël garderont le chabbat pour faire du chabbat, d'âge en âge, une alliance perpétuelle* » (V. Ex 31, 16)

[604] L'idée que c'est par la parole que passe l'alliance est très présente dans les textes bibliques. V. par ex. Ex 19, 5 : « *Et maintenant si vous entendez ma voix et gardez mon alliance, vous serez ma part personnel parmi les peuples* ». De plus, c'est par la parole que Dieu s'est manifesté aux hommes au Sinaï, d'où « *un rapport au monde radicalement modifié par cette parole médiatrice* », *Cf.* . I. Chareire in L. Lemoine, E. Gaziaux et D. Müller (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne,* CERF, 2013, *v°*

[606] *Cf.* I. Chareire in L. Lemoine, E. Gaziaux et D. Müller (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne,* CERF, 2013, *v°* ; ajoutons une observation : très souvent la doctrine rattache le principe de force

L'auteur ajoute que : « *la loi se présente ainsi comme ce qui vient après l'élection, constitutive du peuple en son événement fondateur de libération, mais avant l'alliance comme ce qui la permet puisqu'elle en est le lieu de la réciprocité sans lequel aucune alliance ne peut exister* ». La loi va donc permettre à l'alliance d'exister[607] autant qu'elle est ce par quoi un commandement est donné. Cela éclaire sur l'énoncé de l'article 1134 du Code qui fait référence à la loi justement avec cette idée : le contrat (soit l'alliance en théologie) est possible par la loi en tant que lieu de la réciprocité et en même temps il énonce un commandement et il « tient lieu de loi » aux parties qui se sont librement engagées.

198. - La proximité entre les concepts d'Alliance et de contrat. Nous voyons à quel point la conception juridique de « contrat » (dans le système du Code civil) est proche du concept théologique d' « alliance ». Nous retrouvons en effet tout les éléments qui forment le cœur du droit contractuel en matière civile : la parole qui oblige, un engagement qui signifie tout à la fois la promesse originaire et l'obligation qui en résulte et enfin, un rapprochement symbolique établit entre l'alliance (ou le contrat) et la loi. Par surcroît, l'alliance contient en elle même l'idée de fidélité et implique de faire confiance[608] au destinataire de la promesse. Et lorsque l'on aborde le thème de la confiance, il n'est pas possible de ne pas faire mention de ce risque qui tient en la « trahison » ; c'est contre ce risque, cette faiblesse, que le droit civil s'insurge, s'élève.

199. - La promesse. En conséquence, nous pouvons observer qu'une matrice semblable à celle du droit civil s'organise en théologie sur le fondement de l'alliance. L'alliance que constitue la promesse, l'engagement de Dieu envers le peuple qu'il a choisi a été librement acceptée par Israël qui en tant que bénéficiaire de la promesse s'est trouvé également obligée envers Dieu. La définition théologique de la promesse met à nouveau en

---

obligatoire à la théorie de l'autonomie de la volonté, volonté éclairée, forte, capable de se forger sa propre loi, etc. Néanmoins, au regard de cette citation, nous percevons un autre aspect du problème : les hommes font très facilement des promesses, ils ont en revanche beaucoup plus de mal à les tenir… La notion de promesse oscille entre l'obligation d'être fidèle à sa parole et la « force de l'oubli » qui tend à la fragiliser. Les rédacteurs du Code avaient sans doute à l'esprit cette fragilité humaine, trop humaine que le droit tente de canaliser, pour permettre la vie en société en rendant les hommes prévisibles. V. sur ce point, *infra,* n° 238. -

[607] C'est ce qu'observe également A. Supiot, V. *Homo juridicus, op. cit.,* p. 157 : « *La loi participe de la structure de tout contrat, au-dessus des personnes, des choses, de l'espace et du temps. La loi est toujours la parole du Garant…* ».

[608] L'étymologie du terme est très éclairante sur ce point : si le mot « fidélité » vient de *fides* qui signifie la foi, et le terme dérivé « *fiducia* », qui se traduit par confiance, met bien ce lien en lumière.

lumière le lien très fort entre toutes ces notions qui se renvoient les unes aux autres : « *la promesse est l'acte par lequel une personne s'engage librement à accomplir une action dans l'avenir. Elle consiste à donner sa parole, à faire une déclaration sur l'assurance de faire ou de fournir quelque chose à quelqu'un, ce qui crée une obligation et suppose la confiance. Proche de l'engagement, du serment, de l'alliance ou du l-contrat, la promesse touche aux relations entre les personnes et constitue un concept fondamental de la morale sociale et politique. Par ailleurs, dans la bible, les « promesses » divines expriment le dessein de Dieu, son engagement vis-à-vis de son peuple élu, qui en retour est invité à la confiance et à la fidélité dans l'attente de leur accomplissement. Promesse et loi se comprennent l'une par l'autre* »[609]. Nous ne pouvons nous empêcher de voir dans ces réflexions bibliques les racines de notre conception civiliste du contrat. Le « contrat comme promesse » est une invention judéo-chrétienne extirpée de la notion d'alliance qui en constitue la figure idéale. Or c'est cette conception qui a inspiré les rédacteurs du Code civil, ce qui explique le constat fait dans le premier chapitre, à savoir que le droit civil des contrats est un droit de l'engagement.

200. - Un homme libre et doué de raison. Un dernier point qu'il nous faut souligner dans cette affaire tient en l'importance de la croyance en la liberté humaine, concept profondément judéo-chrétien. Et ce qui aujourd'hui nous paraît relever de l'évidence[610] ne va pourtant pas de soi, bien loin s'en faut ! C'est parce qu'il a été pensé, imaginé comme fait à l'image de Dieu que l'homme est aujourd'hui appréhendé comme un être libre et doué de raison. Or cette idée de liberté est encore une fois au cœur de la conception civiliste du contrat, de l'engagement : je suis obligé parce que j'ai voulu librement l'obligation à laquelle j'ai souscrit. Mais il n'en reste pas moins que le droit civil consacre ici une idée judéo-chrétienne : « *dans la tradition judéo-chrétienne, l'être humain, créé à l'image et à la ressemblance de Dieu, est défini avant tout par sa capacité à réfléchir, à vouloir et à entrer en relation. Cela transcende toutes les autres dimensions de la vie, biologiques, économiques, culturelle* »[611]. La liberté renvoi ainsi à l'alliance et à la fidélité et de fait elle est liée à la

[609] *Cf.* A. Thomasset, in L. Lemoine, E. Gaziaux et D. Müller (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne,* CERF, 2013, V°.

[610] C'est d'ailleurs ce que remarque A. Supiot dans son ouvrage *Homo juridicus* : « *Nous croyons tous à l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, selon lequel les êtres humains naissent libres et doués de raison, et nous avons du mal à admettre que la raison et la liberté soient des constructions fragiles qui reposent sur les institutions* », *Cf. op. cit.,* p. 37

[611] V. D. Foyer, in L. Lemoine, E. Gaziaux et D. Müller (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne,* CERF, 2013, V°.

notion d'engagement[612]. La tradition judéo-chrétienne propose donc de voir en l'homme un être libre dont la caractéristique première est de réfléchir et de vouloir entrer en relation. Les engagements constituent donc la base de la vie sociale, et ce vivre ensemble semble un objectif commun à la religion et au droit civil, même si les moyens pour y parvenir sont quelques peu différents. Mais quoiqu'il en soit, c'est bien sur la base de l'idée d'alliance que le droit canon va poser les fondations de ce qui deviendra en droit civil des contrats le droit de l'engagement. Nous revenons donc maintenant sur la manière dont la règle selon laquelle il faut tenir ses promesses est venue à la vie juridique.

2. La pénétration de *Pacta sunt servanda* dans le droit Canon

201. - Émergence de la règle à la vie juridique. *Pacta sunt servanda* a d'abord été une règle de la morale chrétienne fondée sur les concepts que nous avons étudiés plus haut[613]. Pour être plus précis, la formule d'origine de cette règle, *Pax servetur, pacta custodiantur,* figure dans le canon *Antigonus* issu du concile de Carthage en l'an 348 ; c'est ce canon qui inspirera par la suite les canonistes médiévaux[614]. En effet, cette règle va être consacrée au

[612] *Cf. Ibid.,* L'auteur traite même dans des développements à part *« la liberté comme alliance et comme fidélité* », il explique dans lesdits développements que « *dans la bible, la liberté humaine se concrétise avant tout par la relation privilégiée de Dieu à son peuple, appelée « alliance » (en hébreu berith). Sa principale caractéristique est que l'Alliance rend les croyants libres. Avant d'être un code législatif et un ensemble de règles éthiques ultimement mises enforme au 5ème siècle avant J.-C., c'est d'abord une expérience libératrice* ».

[613] En ce sens, V. A. Supiot, *homo juridicus, op. cit.,* p. 153 : « *Le respect de la parole donnée a donc d'abord été posé comme une règle morale, fondée sur les Écritures et la jurisprudence des Pères de l'Église* ».

[614] *Cf. Ibid.,* ; V. dans le même sens, J. Barmann, *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel, RIDC,* vol. 13, n° 1, 1961, p. 36 : « *Comme Levy l'a décrit, en droit romain vulgaire de l'Ouest il n'y avait déjà plus aucune différence réelle entre la stipulation et le pacte à l'époque du Concile de Carthage de 348, sur lequel (C. 12, Canon Antigonus) la doctrine future se fonda* ». Précisons également que le Concile s'est prononcé sur une l'exécution d'une convention conclue entre deux évêques à propos des limites de leurs diocèses.

13ème dans la *Glossa ordinaria*, qui connaît à l'époque un grand succès[615]. Les décrétales du Pape Grégoire en 1230 vont permettre à la règle de devenir un principe d'ordre juridique[616].

202. - Un principe révolutionnaire. Il faut souligner que l'adoption d'un tel principe constitue à l'époque une « révolution »[617]. Cela parce qu'avant, c'est le principe contraire qui dominait le paysage juridique, conformément au droit romain qui avait posé l'adage *Ex nudo pacto actio non nascitur*[618]. C'est de cette manière que l'idée selon laquelle il faut respecter ses engagements va pénétrer la sphère du droit. L'homme ayant été créé à l'image de Dieu, comme nous l'avons expliqué plus haut, se doit d'être fidèle à ses engagements, de tenir ses promesses. Agir en désaccord avec cette prescription constitue un péché et c'est l'Église qui la première, va sanctionner cela, par le biais de peines ecclésiastiques. Le droit canon constitue en ce sens un droit fondé sur l'engagement, mais sa sphère d'application est encore faible si bien que la portée du principe reste réduite. Mais il n'empêche, le renversement a eu lieu, et les juristes se familiarisent peu à peu avec ce principe nouveau, extirpé de la morale chrétienne. Mais il faudra attendre encore trois bons siècles pour que cette règle issue du droit de l'Église soit « sécularisée », c'est à au 16ème siècle que cela se passe.

B/ La reprise de ce principe par les juristes à partir du 16ème siècle

[615] *Cf.* P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le code civil,* 3ème éd. 1994, L'Hermès, p. 54 : « *et surtout Accurse qui au 13ème siècle réunit à ses propres travaux ceux des ses prédécesseurs dans sa Grande Glose : celle-ci devait connaître un immense succès, être considérée comme l'interprétation définitive du droit romain, acquérir presque force de loi, elle devint la glose par excellence, la Glossa ordinaria* ».

[616] Mais attention, le droit canon « *ne prétend pas régir la totalité de la vie sociale, mais seulement l'organisation interne de l'Église et, pour le surplus, quelques matières particulières comme le mariage* », V. Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine,* « Méthode du droit », Dalloz, 2004, p. 42

[617] D'ailleurs, P. Dubouchet parle bien d'une « révolution canonique ». Pour cet auteur, le droit canon constitue en soi une révolution : « *nous prenons le mot « révolution » au sens étymologique de « retournement », c'est-à-dire de « recommencement », de « réinvention » ; car c'est bien ce que représente le droit canonique par rapport au droit romain : la nouveauté radicale, la mutation « pratique et normative », la métamorphose épistémologique qu'avait effectué le droit romain, seront retrouvés par le droit canonique qui accomplira un « recommencement », un véritable « retournement », une « ré-volution ». Cf. La pensée juridique avant et après le Code civil, op. cit.,* p. 35

[618] C'est ce que souligne A. Supiot : « *S'il y a bien un principe en Droit romain, c'est donc bien plutôt celui de l'inefficacité juridique de la parole donnée. Ex nudo pacto, actio non nascitur, la règle ne sera jamais abrogée, pas même sous justinien, en dépit des aménagements de plus en plus nombreux dont on l'assortit* », *Cf. Homo juridicus, op. cit.,* p. 151

203. - Précisions. Ce principe qui voit donc le jour à l'époque des canonistes du Moyen-Âge va être repris par les juristes à partir du 16ème siècle. C'est d'ailleurs à cette même époque que les juristes s'investissent dans une entreprise d'unification des principes du droit. Plusieurs juristes ont joué dans la consécration d'un principe général du respect de la parole donnée un rôle particulier, peut être plus important que les autres. Nous revenons en conséquence sur la doctrine de ces juristes qui ont marqué l'histoire du principe juridique de la force obligatoire de la parole. Nous parlerons de Loysel (1), de Domat (2) et enfin de Pothier (3) ; ces trois juristes ont en effet grandement inspiré le système du Code, comme nous allons nous en rendre compte.

1. La consécration du principe dans les *Institutes coutumières* de Loysel

204. - Souci de rationalisation. Parmi ces juristes ayant la volonté de réduire le droit en principes, il en est un qui a incontestablement joué un rôle crucial dans la consécration de la règle *Pacta sunt servanda* : il s'agit bien entendu d'Antoine Loysel. Ses *Institutes coutumières* constituent sans doute l'un des meilleurs exemples d'un droit rationnalisé, ordonné à une époque où la disparité des règles applicables en France est grande[619]. Ainsi, l'esprit de codification dont l'apogée arrivera en 1804 avec l'adoption du Code civil commence à cette époque et Loysel est en ce sens un précurseur du Code civil[620]. Mais revenons à la question qui nous intéresse en particulier : celle de l'engagement. Loysel avait bien en tête la fragilité de la promesse et du décalage nécessaire entre la mise en gage de la parole et le moment de la réalisation de celle-ci par un acte. Ainsi relevait-il que « *promettre*

[619] La doctrine souligne toujours cet effort de l'époque (en particulier celui de Loysel) de rationalisation du droit. V. par ex. P. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine,* « Méthode du droit », Dalloz, 2004, p. 53 : « *L'année suivante, Antoine Loysel publie ses Institutes coutumières, célèbre recueil de maximes et adages, dont beaucoup ont gardé aujourd'hui leur actualité. Son but est de réduire à l'état de « principes » les solutions puisées dans les coutumes* » ; dans le même sens. P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le code civil, op. cit.,* p. 74-75 : « *ce souci d'unité se retrouve encore dans l'ouvrage qui est sans doute le meilleur exposé méthodique et ordonné du droit coutumier, les Institutes coutumières que donna Antoine Loysel (…) Loysel veut retrouver le véritable esprit du droit français dans les anciens textes coutumiers (…) Mais surtout, puisqu'il s'agit d'unifier, de systématiser et de rationaliser le droit coutumier, Loysel se devait de procéder avec ordre et méthode* ».

[620] *Cf.* P. Dubouchet, *Ibid.* : « *Mais, c'est surtout, ainsi que l'indique le titre complet, l'exposition sous forme de règles, brocards ou adages, qui donne une force particulière à l'ouvrage. Par la formulation qui anticipe les articles d'un code, par l'exposé méthodique, raisonné et condensé du droit coutumier, par la tentative de synthèse de ce droit, Loysel ouvre la voie à Pothier et fait figure de précurseur du Code civil* ».

et tenir sont deux »[621]. Mais il ajoute immédiatement après cela : « *Excepté l'institution contractuelle* » ! Car en matière contractuelle pour Loysel, promettre et tenir ne sont plus qu'un. C'est ce qu'il faut déduire de la célèbre formule qui jadis jaillit sous sa plume : « *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* »[622]. Nous sommes à un véritable tournant dans la genèse d'un droit de l'engagement. Le disciple de Cujas pose ici le principe qui fera le cœur de notre droit civil des contrats. D'ailleurs, la quasi totalité des manuels de droit des obligations fait référence à cette célèbre sentence[623].

205. - Le respect de la parole donnée dans l'ordre juridique. Nous sommes donc en présence d'une véritable révolution juridique. Le principe du droit canon va pénétrer définitivement la sphère du droit pour ne plus jamais en sortir et faire du droit des contrats un droit de l'engagement. Cette période est cruciale en ce qu'elle constitue l'admission du principe par tous les juristes[624], et c'est à partir de ce moment que la règle va prendre de plus en plus d'importance, pour finalement s'imposer avec la force de l'évidence. La règle selon laquelle il faut tenir ses promesses va devenir « naturelle » : c'est à cette époque que promettre et tenir finissent par ne faire plus qu'un. La dynamique va s'accélérée et prendre de

[621] V. A. Loysel, *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France,* réimpression de l'éd. De Paris, 1846, Slatkine reprints, Genève, 1971, T. II, Liv. IV, Tit. IV, n° 660. C'est à propos des donations que Loysel pose cet adages, du fait que « *les donations sont, de droit étroit, préjudiciables aux familles* ».

[622] *Cf. Ibid.,* T. I, Liv. III, Tit. I, n° 357. Cette formule semble avoir été tirée d'un vieux proverbe français qui disait : « *Comme les bœufs par les cornes on lie ; Aussi les gens par leurs mots font folie* ».

[623] V. par ex. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil Les obligations, 1/ L'acte juridique,* 14ème éd., Armand-Collin, 2004, n° 300 ; H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale,* Tome II., Vol. I, 9ème éd., Montchrestien, 1998, n° 61 ; F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2005, n° 130, etc. Nous voyons par là que l'influence de Loysel a été particulièrement importante, tellement importante qu'un Tribunal de grande instance est allé jusqu'à motiver sa décision en indiquant que : « *Attendu que selon Loysel, en mariage trompe qui peut* ». *Cf.* TGI, Le Mans, 18 mars 1965, D. 1967, p. 203, note Pradel. Ce surprenant attendu a été relevé par J. Rubellin-Devichi, *Travaux dirigés de droit civil,* Lyon, L'Hermès, 1979, p. 66

[624] Nous avons vu que la règle a émergé à la vie juridique avec le droit canon mais entre temps, c'est le vieux principe romain qui faisait toujours l'unanimité. Malgré la formule de Beaumanoir qui expliquait « *toutes convenances sont à tenir* », le principe de la force obligatoire de la parole sera rejeté par Cujas, Doneau ou encore Hotman qui plaident encore pour l'application de *Ex nudo pacto, actio non nascitur.*

l'ampleur, notamment grâce aux travaux de deux juristes dont l'influence sur les rédacteurs du Code civil a été incommensurable ; nous pensons évidemment à Domat et Pothier[625].

2. Les lois civiles de Domat, la reprise du principe

206. - Le projet de Domat. La pensée de Domat a eu sur les rédacteurs du Code civil une grande influence. Or, la lecture de son célèbre ouvrage « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* » permet de comprendre comment la conception judéo-chrétienne de l'homme que nous avons étudiée tout à l'heure[626] s'est arrimée à la réflexion des juristes. Domat poursuit l'œuvre de Loysel en voulant « rationaliser » lui aussi le droit, y mettre de l'ordre. Pour se faire, il va ordonner un système de règles ayant vocation à assurer la bonne vie en société. Et, disons le, Domat va poser les bases du droit de l'engagement qui sera consacré par le Code civil en matière de contrats et le fondement principal de ce système, c'est la religion chrétienne et les concepts que nous avons exposés (un homme libre, créé à l'image de Dieu, voulu pour lui même et fait pour vivre avec ses semblables).

207. - La vie sociale conditionnée par le respect des engagements. En ce sens Domat admet qu'il existe des : « *principes que Dieu a établis pour les fondements de l'ordre de la société des hommes, et qui sont les sources de toutes les règles de la justice et de l'équité* »[627]. C'est ainsi par la raison que Dieu nous a donnée que l'homme peut découvrir ces principes fondamentaux, car sa « *nature n'est autre chose que cet être créé à l'image de Dieu, et capable de posséder ce souverain bien qui doit être la vie, et la béatitude* »[628]. A partir de là, Domat va exposer deux lois premières qui sont : d'abord « *la recherche et l'amour du*

[625] L'admiration des rédacteurs du Code pour ces deux grands juristes ne fait guère de doute. Bigot-Préameneu disait dans sa présentation au corps législatif que : « *les auteurs du projet actuel de Code ont cru que ce serait rendre service à la société si on retirait du dépôt des lois romaines une suite de règles qui, réunies, formassent un corps de doctrine élémentaire, ayant à la fois la précision et l'autorité de la loi. C'est un ouvrage que, dans le siècle dernier, les jurisconsultes les plus célèbres des diverses parties de l'Europe ont désiré, qu'ils ont préparé par de grands travaux. Déjà ce vœu a été réalisé par plusieurs gouvernements. La France met sous ce rapport au nombre des ouvrages les plus parfaits ceux de Domat et de Pothier* », V. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* T. 13, p. 215

[626] V. *supra,* n° 200. - et s.

[627] *Cf.* J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* T. 1, Chap. I, I

[628] *Ibid.,* Chap. I, IV

souverain bien », et cette première loi « *étant commune à tous les hommes, elle en renferme une seconde, qui les oblige à s'unir, et à s'aimer entre eux…* »[629]. Le thème de l'engagement arrive également très vite : « *C'est pour les lier dans cette société, qu'il l'a rendue essentielle à leur nature, Et comme on voit dans la nature de l'homme sa destination au souverain bien, on y verra aussi sa destination à la société, et les divers biens qui l'y engagent de toutes parts : et que ces liens, qui font des suites de la destination de l'homme à l'exercice des deux premières lois, font en même temps les fondements du détail des règles de tous les devoirs et les sources de toutes les lois* »[630]. Nous retrouvons vite cette idée que l'homme est fait pour vivre avec ses semblables et que cela implique des engagements : « *C'est ainsi que Dieu destinant les hommes à la société, il a formé les liens qui les y engagent* »[631]. Et Domat affirme que : « *ces engagements font à chacun comme des lois particulières, qui lui marquent ce que la seconde loi demande de lui, et qui par conséquent règlent ses devoirs. Car les devoirs des hommes entre eux ne sont autre chose que les effets de l'amour sincère que tout homme doit à tout autre, selon les engagements où il se rencontre* »[632], nous voyons donc à nouveau un rapprochement établi par Domat entre l'engagement et la loi. L'auteur soutient aussi que « *c'est par tous ces engagements de ces deux espèces, que Dieu forme l'ordre de la société des hommes, pour les lier dans l'exercice de la seconde loi. Et comme il marque en chaque engagement ce qu'il prescrit à ceux qu'il y met ; on reconnaît dans les caractères des différentes sortes d'engagements, les fondements des diverses règles de ce que la justice et l'équité demandent de chaque personne selon les conjectures où la mettent les siens* »[633]. Il y a donc incontestablement chez Domat cette idée que l'homme a été créé pour vivre en société et que cette vie en société se fonde sur des engagements par lesquels il se lie avec ses semblables.

208. - Liberté humaine. Pour Domat, Dieu a créé des besoins propres aux hommes, ce qui les rend dépendant les uns des autres. Il s'ensuit une forme particulière d'engagement, l'engagement volontaire : « *car comme l'homme est libre, il y a des engagements où il entre*

[629] *Ibid.* Chap. I, VII

[630] V. *Ibid.*

[631] *Ibid.,* Chap. II, III

[632] *Ibid.*

[633] *Ibid.*

par sa volonté... »[634]. La question de l'engagement est donc centrale dans la réflexion de Domat à propos de ses lois civiles. Plus précisément, le projet « civilisateur » de Domat est fondé sur l'engagement, qui doit donc être organisé en vue de cet objectif du « vivre ensemble ». Et logiquement, Domat déduit des règles générales qui expriment l'amour mutuel (c'est la seconde loi), qui en sont le reflet : « *Ainsi en général les règles qui commandent de rendre à chacun ce qui lui appartient, de ne faire tort à personne, de garder toujours la fidélité et la sincérité, et les autres semblables, ne commandent que des effets de l'amour mutuel. Car aimer, c'est vouloir et faire du bien, et on n'aime point ceux à qui on fait quelque tort, ni ceux à qui on n'est pas fidèle et sincère* »[635]. Domat consacre d'ailleurs un chapitre à l'énoncé « *de quelques règles générales qui suivent les engagements dont on a parlé dans le chapitre précédent, et qui sont autant de principe des lois civiles* »[636]. La première de ces règles est que « *les engagements de chacun lui font comme des lois propres* »[637]. Selon la cinquième règle : « *dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où ils sont entrés* ». La encore, nous voyons à quel point nous sommes proche de la formule des articles 1134 et 1135 du Code civil.

209. - L'engagement au cœur du système. C'est donc un système qui organise l'engagement que va élaborer Domat[638]. A cet égard Domat retient que « *la convention est le consentement de deux, ou plusieurs personnes, pour former entre eux quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer* »[639]. L'engagement doit par ailleurs être

[634] *Cf. Ibid.,* Chap. IV, II ; Domat précise que quelque soit le type d'engagement (volontaire ou involontaire), « *c'est par la liberté que l'homme agit dans les uns et dans les autres* ». Nous sommes ainsi en présence d'un système qui postule la liberté de l'être humain. Sans quoi l'idée de respecter sa parole (engagement volontaire) ou de répondre de ses fautes (engagement involontaire) n'a plus aucun sens. Plus aucune responsabilité n'est possible dans un monde où l'homme n'est pas libre. Or, la liberté humaine est idée chrétienne issue d'une croyance selon laquelle l'homme a été créé à l'image de Dieu, comme nous l'avons vu. Domat va donc passer à la postérité un système des lois civiles en accord avec les postulats de la pensée chrétienne.

[635] *Ibid.,* chap. IV, V

[636] Il s'agit du chapitre V

[637] La proximité avec l'énoncé de l'article 1134 du Code civil est saisissante !

[638] La première partie de son ouvrage s'intitule d'ailleurs « *Des engagements* ».

[639] *Cf.* Livre premier, Titre I, section I, II ; Domat précise aussi que « *la matière des conventions est la diversité infinie des manières volontaires dont les hommes règlent entrent eux les communications, et les commerces de leur industrie et de leur travail, et de toutes choses, selon leurs besoins* ». *Ibid.,* III. Nous voyons par là que le droit a pour vocation de régir une vie en société, ce qui passe également par le commerce et son bon fonctionnement.

causé : « *Dans ces trois premières sortes de conventions, il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. (...) Ainsi, l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions, au profit de l'un des contractants, a toujours sa cause de la part de l'autre : et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle était sans cause* »[640]. Domat donne également au consentement un rôle central : « *les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel, donné et arrêté réciproquement. Ainsi la vente est accomplie par le seul consentement, quoique la marchandise ne soit pas délivrée, ni le prix payé* »[641].

210. - En somme. Domat élabore de la sorte un système de règles rationalisé, ordonné, et fondé sur les valeurs de la morale chrétienne que sont : l'homme créé à l'image de Dieu, soit libre et doué de raison, et poussé à rechercher le souverain bien, et à s'unir avec les autres hommes grâce à l'engagement. Il expose ainsi, en matière d'engagement volontaire, l'importance de l'idée qu'il faut être fidèle auxdits engagements pour pouvoir vivre ensemble, dans l'amour du prochain. Et ce système a profondément influencé le paradigme civiliste. Nous avons déjà pu observer que les rédacteurs se sont largement inspirés de Domat dans la formulation de leurs articles. Pas étonnant donc, que nous retrouvions dans ce Code Napoléon et en matière contractuelle en particulier, un véritable droit de l'engagement. Cela s'explique par la pénétration de la pensée judéo-chrétienne dans le droit, ce sous l'influence de juristes comme Loysel ou Domat, c'est du moins ce que nous voulions montrer.

3. Les traités de Pothier ou l'ancrage du principe

211. - Un projet similaire. Pothier, comme ses prédécesseurs Loysel et Domat, va entreprendre un énorme travail de théorisation du droit[642], qu'il exposera dans sa série de

---

[640] V. *Ibid.,* V

[641] V. *Ibid.,* VIII ; soulignons encore une fois la proximité avec la formule de l'article 1583 du Code, sur le transfert de propriété *solo consensus*. Cette proximité témoigne de la grande influence de Domat sur les rédacteurs du Code.

[642] « *Mais c'est l'œuvre de Pothier qui représente véritablement l'achèvement de l'École française classique. Pothier a pu tout d'abord admirablement réunir les différentes composantes de « l'École française du droit » que ce soit la référence à la Raison, le rôle du droit romain, la nécessité de sa mise en ordre et sa non moins nécessaire conciliation avec le Droit coutumier de la France. C'est lui qui représente véritablement la victoire*

traités. Or, il est l'auteur qui a, avec Domat, le plus inspiré les rédacteurs du Code civil qui citaient volontiers leurs travaux comme les œuvres de « codification » les plus aboutis. Domat avait construit son système autour de la notion d'engagement ; Pothier, quant à lui, consacrera un traité aux « *obligations* ». Néanmoins, un lien se fait dès les premières lignes du fameux traité : « *Le terme obligation, dans un sens plus propres et moins étendu, ne comprend que les obligations parfaites, qu'on appelle aussi engagements personnels, qui donnent à celui envers qui nous les avons contractées le droit d'en exiger de nous l'accomplissement ; et c'est de ces sortes d'obligations qu'il s'agit dans ce traité. Les jurisconsultes définissent ces obligations ou engagements personnels, un lien de droit, qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose* »[643]. C'est donc bel et bien un droit de l'engagement que propose Pothier, à l'instar du système qu'avait forgé Domat dans ses *Lois civiles*, en accord avec la morale chrétienne. Pothier relaie donc lui aussi la pensée judéo-chrétienne au travers de son système, un système « moral » donc, où le respect des engagements fonde la vie des hommes en société. C'est dans cet esprit que Pothier va traiter de la question des contrats.

212. - Définition du contrat. Pothier retient que le contrat est une espèce de convention et il reprend la définition du concept de convention proposée par Domat[644]. Il explique ensuite que « *l'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu'on appelle Contrat* ». Ainsi, il propose de définir le contrat comme « *une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». La formule qui suit est tout à fait saisissante eu égard à notre réflexion : « *J'ai dit, promettent et s'engagent ; car il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement, qui forment un contrat et une convention* ». Il y a donc chez Pothier cette distinction entre la simple promesse et la promesse jointe d'un engagement. Il s'ensuit que

---

du rationalisme juridique classique ». V. P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil, op. cit.,* p. 83.

[643] *Cf.* Pothier, *Traité des obligations,* Article préliminaire. Soulignons une fois encore à quel point les rédacteurs du Code civil se sont inspirés de ces formules pour élaborer leurs lois.

[644] V. *Ibid.,* Partie I, Chap. I, art. I.

certaines promesses, faites sans cette intention de contracter un engagement ne sont pas des contrats[645].

213. - Un engagement causé. Quoiqu'il en soit, Pothier replace également au cœur de son système le concept de consentement, qui doit être libre. D'où une analyse détaillée des « vices du consentement » que nous retrouvons dans le Code civil. Et logiquement (à l'instar de ce proposait Domat) donc, Pothier reprend l'exigence d'une cause : « *Tout engagement doit avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage à lui donner, ou le risque dont elle se charge. (…) Mais lorsqu'un engagement n'a aucune cause, ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté est une cause fausse, l'engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul* »[646]. Nous retrouvons ainsi la structure du contrat telle qu'elle se trouve dans le Code civil, ce qui témoigne à nouveau de l'influence de Pothier.

214. - Force obligatoire. Il sera également question chez Pothier d'aborder la question de l' « *effets des obligations* »[647]. Et nous retrouvons cette idée d'un contrat qui oblige, qui engage et qui en conséquence entraine une sanction en cas de non respect. Pothier distingue à cet égard les obligations de donner des obligations de faire et de ne pas faire, et reprend sur la base de cette distinction l'exécution forcée en nature ou par équivalent (en dommages et intérêts). En somme, c'est encore un droit de l'engagement que propose Pothier, à l'instar du système élaboré par Domat. C'est sur la base de ces travaux, de ces ouvrages « rationalisés », « ordonnés », « formalisés », que les rédacteurs du Code civil vont pouvoir bâtir leur cathédrale.

[645] Pothier utilise un exemple célèbre, celui du père qui promet à son fils un voyage de récréation, mais qui n'entend pas contracter un engagement envers ce dernier. Mais ce point nous paraît discutable, et remet en cause le lien entre la promesse et l'engagement. D'ailleurs, Pothier ne justifie pas vraiment la solution qu'il propose et peut-être que dans cette situation, il y a bien un contrat. Si tel est bien le cas, Pothier s'est peut-être trompé sur ce point.

[646] *Cf. Ibid.,* § VI

[647] Cette question est traitée dans le chapitre 2 du *Traité des obligations*.

§ 2. Le Code civil, un projet de « civilisation » fondé sur le respect des engagements

215. - **Plan.** Le système du Code se fonde donc sur la morale chrétienne qui a pénétré le droit au travers des ouvrages de Domat et de Pothier[648] et cela se ressent particulièrement en matière de contrats, puisque, nous l'avons vu, les rédacteurs du Code civil vont forger un véritable droit de l'engagement. Nous avons soutenu l'idée que le projet civiliste était un projet de « civilisation », aussi nous faudra t-il apporter des éléments au soutien de cette assertion (B). Mais ce projet ne saurait être pleinement appréhendé si l'on occulte le contexte dans lequel ce projet est élaboré : contexte où le rationalisme domine sans partage (A).

A. Le contexte de la codification où l'influence d'un rationalisme au service du respect des promesses

216. - Pour synthétiser la chose, nous dirions qu'en 1804, la morale chrétienne a fortement imprégné les mentalités qui ont déjà assimilé nombre de ces dogmes. Néanmoins, l'expérience des guerres de religions au cours du 16ème siècle a incité les penseurs à s'écarter du recours à la religion dans leur analyse du droit[649]. Dieu n'est plus ce que tout les hommes partagent ; mais ils partagent tout de même quelque chose : la raison. C'est la quintessence du mouvement des Lumières qui traverse l'Europe et qui sera bien exprimée par Kant dons son essai « *Qu'est-ce que les Lumières* » qui fera autorité, et où il commence par cette magnifique sentence : « *Qu'est-ce que les Lumières ? La sortie de l'homme de sa minorité dont il est lui-même responsable. Minorité, c'est-à-dire incapacité de se servir de son entendement (pouvoir de penser) sans la direction d'autrui, minorité dont il est lui-même responsable (faute) puisque la cause en réside non dans un défaut de l'entendement mais dans un manque de décision et de courage de s'en servir sans la direction d'autrui. Sapere aude ! (Ose penser) Aie le courage de te servir de ton propre entendement. Voilà la devise des Lumières* ». Nous

[648] Rappelons que les deux hommes étaient jansénistes.

[649] Mais nous défendons l'idée que la pensée développée par l'école du Droit Naturelle n'est pas en rupture avec la pensée chrétienne, V. *infra,* n° 221. -

évoquerons la pensée de l'École du droit de la nature et des gens (1). Des développements à part seront consacrés à la pensée Kantienne (2).

1. L'influence du droit de la nature et des gens, le droit déduit de la morale

217. - Les auteurs. Quatre auteurs doivent être cités au titre des penseurs de cette école, auteurs qui ont sensiblement influé sur les mentalités de leur époque. Il s'agit de Grotius, Pufendorf, Leibniz et Wolff. A cette époque, les « mathématiciens-juristes » développent un courant de pensée en Allemagne fondé sur l'idée principale que « *le droit peut être déduit de la morale. La logique est le trait d'union entre la morale et le droit ; le droit n'est rien d'autre que la logique de la morale, la logique de ce qui est juste* »[650]. Un nouveau « pont » est édifié entre la morale et le droit. Or comme dans les mathématiques, un système doit « *ainsi partir d'axiomes* »[651], lesquels doivent être déduits de la morale. Ainsi, Grotius fondera tout le droit sur trois grands principes que sont : rendre à autrui ce qui ne nous appartient pas ; tenir sa parole et réparer le dommage causé par sa faute[652]. Il n'y a donc aucun doute sur l'influence de cette pensée sur le système du Code qui, par sa structure, s'inspire largement de ces principes[653]. Les penseurs de cette école vont ainsi récupérer l'adage *Pacta sunt servanda,* pour en faire « *la règle majeure du droit naturel* »[654].

218. - Le projet. Nous sommes ainsi en présence de la continuation de l'œuvre des juristes romanistes et coutumiers qui souhaitaient rationaliser le droit, l'ordonner en un système cohérent ; ce courant intellectuel atteindra son apogée au 18ème siècle, en particulier sous l'influence de Kant. Mais reste que, pour ce qui nous intéresse, il y a au sein de cette école la volonté de faire du respect de la parole donnée un postulat de la science juridique, de faire de l'engagement le fondement de la société des hommes. En ce sens, nous pouvons

---

[650] *Cf.* P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil, op. cit.,* p. 86

[651] V. *Ibid.*

[652] Grotius emprunte ces trois principes à la pensée stoïcienne, notamment à Cicéron dans *De officiis*. Ajouter référence

[653] Soulignons, une fois encore, que derrière ces trois principes nous retrouvons la structure générale du Code civil, plus précisément les articles essentiels que sont les articles 544 sur la propriété, l'article 1134 sur la force obligatoire et l'article 1382 pour la responsabilité extracontractuelle.

[654] V. P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil, op. cit.,* p. 87

affirmer que l'École du droit de la nature et des gens prône un « droit de l'engagement » et il est de fait l'une des sources majeures de la pensée civiliste ; voir en notre droit civil des contrats un droit de l'engagement paraît bien s'accorder avec son histoire.

219. - Grotius et Pufendorf. Ils sont sans nul doute « *les plus grands représentants de l'école du droit naturel* »[655] et ils ont tout deux participé à la réduction du droit en un système. Il s'agit de puiser dans la raison humaine les principes « naturels » qui vont gouverner les hommes[656]. L'apport essentiel de Grotius concerne la structure du contrat qu'il va imaginer comme une promesse acceptée[657], laquelle lie, oblige celui qui l'a formulée[658]. On retrouve ainsi dans le système de Grotius cette idée que la parole est donnée en gage de l'accomplissement de la promesse et c'est donc bien vers un droit de l' « engagement » que l'on se dirige. Cette force de la parole donnée en gage, de l'engagement apparaît encore plus nettement chez Pufendorf[659]. Dans un chapitre dont l'intitulé parle de lui même[660], l'auteur écrit : « *Lors donc que l'on est entré dans quelque Engagement les uns envers les autres, il faut l'effectuer religieusement ; c'est une suite nécessaire de la Sociabilité. (...) D'ailleurs, si l'on n'était dans une obligation indispensable de tenir ce qu'on a promis, personne ne pourrait compter sur les secours d'autrui ; on appréhenderait toujours un manque de parole, qui aussi arriverait très souvent (...) C'est donc une des maximes les plus inviolables du Droit Nature, et de l'observation de laquelle dépend tout l'ordre, toute la beauté, et tout l'agrément*

[655] Selon les mots de Ph. Raynaud, V. Le Point, Hors-séries n° 26, *La pensée des lumières, Les textes fondamentaux,* mars-avril 2010, p. 14.

[656] *Cf.* H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix,* Trad. P. Pradier-Fodéré, Ed. D. Alland et S. Goyard-Fabre, 1ère éd. « Quadrige », PUF, 2005, Livre I, Chap. I, X, « *Le droit naturel est une règle que nous suggère la droit raison, qui nous fait connaître qu'une action, suivant qu'elle est ou non conforme à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale, est entachée de difformité morale, ou qu'elle est moralement nécessaire et que, conséquemment, Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne* ».

[657] V. *Ibid.,* Livre II, Chap. XI, XIV, p. 326 : « *pour qu'une promesse transfère un droit, l'acceptation n'est pas ici moins requise que dans la translation de la propriété* » ; XVI : « *de là s'ensuit qu'avant l'acceptation, le droit n'ayant pas encore été transféré, la promesse peut être révoquée sans injustice* ». Sur ce point, V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, op. cit.,* n° 748. L'auteur s'appuie sur une analyse antérieure, *cf.* E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* L.G.D.J, 1997, BDP, T. 264 p. 591 : « *le seul apport incontestable de Grotius à la doctrine consensualiste du contrat est l'analyse technique du consensus en une promesse et une acceptation, celle-ci étant requise dans tout contrat, au sens générique et vague de volonté de faire sienne la promesse, en corollaire d'une conception de la promesse comme aliénation d'une portion de liberté* ».

[658] « *D'où il suit que le devoir d'accomplir les promesses découle de la nature de la justice immuable* », *cf.* Grotius, *précit.,* p. 320.

[659] V. les développements de V. Forray sur ce point, *précit.,* n° 759.

[660] S. Pufendorf, *Droit de la nature et des gens,* trad. Barbeyrac (source Gallica BNF), Livre III, Chap. IV, qui traite de « *la fidélité inviolable avec laquelle on doit tenir sa parole ; et des différentes sortes d'obligation en général* ».

de la Vie Humaine : QUE CHACUN DOIT TENIR INVIOLABLEMENT SA PAROLE, c'est-à-dire effectuer ce à quoi il s'est engagé par quelque promesse, ou par quelque convention »[661]. Difficile d'être plus clair : il faut faire ce que l'on a dit que l'on ferait ; la parole est donnée en gage de l'exécution de la promesse[662]. La parole donnée en gage apparaît comme conditionnant le lien social[663], il s'agit d'un principe « naturel », commun à tous.

220. - Wolff. « *Maître des Allemands* », selon Hegel, Wolff a poursuivi au 18ème siècle l'œuvre de ses prédécesseurs vers la systématisation. On retrouve sans que cela n'étonnant les grandes lignes de la pensée de Grotius et de Pufendorf, à savoir que la promesse oblige, qu'elle entraine une aliénation de la liberté du promettant. En témoigne l'extrait suivant : « *Quiconque contracte une obligation parfaite à l'égard de quelqu'un, aliène ainsi une partie de sa liberté. Une promesse est une déclaration de notre volonté par laquelle nous nous engageons à faire une certaine chose en faveur d'un autre, et lui donnons le droit d'exiger que nous remplissions cet engagement. C'est une promesse parfaite. L'obligation de celui qui promet n'est point valide, sans l'acceptation de celui auquel la promesse est faite* »[664]. Ces propos ne font que renforcer l'assise d'un principe qui semble faire l'unanimité au sein de la pensée, un principe déduit de la raison humaine, de la Nature.

221. - Rupture avec la morale judéo-chrétienne ? On voit souvent dans le Droit Naturel un projet en rupture avec la morale judéo-chrétienne, la rationalité du système et des règles se serait substituée à la théologie[665]. A vrai dire, nous rejetons volontiers cette affirmation : Dieu ou la Raison, on cherche, dans un cas comme dans l'autre, derrière le monde. Par surcroît c'est Dieu qui, dans la tradition judéo-chrétienne, a donné à l'homme la

---

[661] *Ibid.,* p. 349-350.

[662] On retrouve néanmoins, comme chez Grotius, des conditions pour que la promesse soit « parfaite ». *Cf.* V. Forray, *ibid.* Quoiqu'il en soit, c'est bien l'esquisse d'un droit de l'engagement (le terme figure d'ailleurs dans le texte avec une majuscule) qui nous est dépeinte.

[663] Pufendorf parle bien de « *suite nécessaire de la sociabilité* », V. *supra,* note 576.

[664] V. C. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens,* reprod. M. Formey. Livre III, Chap. IV « *De la manière de s'obliger, où il s'agit des promesses et des contrats en général* », p. 59.

[665] En ce sens V. Forray, *op. cit.,* n° 760 : « *La règle pacta sunt servanda, ou le principe du respect de la parole donnée, acquiert une dimension particulière dans l'École du droit de la nature. Si elle oblige à tenir ses promesses de la même manière que dans le droit canonique, ce n'est plus en raison du péché que commet celui qui agit en contradiction avec ce qu'il a promis (...) Le droit (Naturel) s'impose parce qu'il se trouve en conformité avec « l'entendement humain ». En conséquence, pacta sunt servanda revêt une valeur abstraite ; la norme oblige indépendamment de l'adhésion à l'ordre moral mais du fait de sa rationalité. La sanction des promesses devient une nécessité juridique ; la norme pacta sunt servanda devient autonome* ».

raison et Dieu est l'auteur de la Nature[666]. Dès lors, on en revient à l'équation stoïcienne Dieu = Nature = Raison. Même si l'on tente de penser le droit sans référence à la théologie, force est de remarquer que Dieu n'est jamais bien loin[667]. En conséquence, il nous semble qu'il n'y a pas rupture avec l'École du droit Naturel. Par une sorte « d'absorption psychique », la pensée juridique reste tributaire de Dieu mais elle le fait sans le savoir, un peu comme un monsieur Jourdain… Autrement dit « déduire le droit de la morale » (universelle, commune à tous, en somme naturelle) signifie déjà « déduire le droit de la morale judéo-chrétienne ». Nous défendons finalement l'idée que l'École du droit Naturel constitue un relai de la pensée judéo-chrétienne qu'elle tente de reformuler sans référence au sacré[668] certes, mais sous la coupole divine tout de même.

2. Le droit civil imprégné par le rationaliste Kantien

222. - Rappels. Un auteur a pu écrire que : « *la codification en elle-même, nonobstant le fait que cette idée a hanté beaucoup de juristes de l'Ancien régime, l'unification et la « nationalisation » du droit privé qu'elle entraine, mettant fin au pluralisme et à la diversité juridique de l'ancienne France et à ses inconvénients, la recherche d'un droit civil rationalisé et perfectionné, tout en devenant accessible au citoyen, font semble-t-il de l'idéologie juridique du Code l'aboutissement du projet des Lumières et de la Révolution* »[669]. Nous avons dit que ce projet de rationalisation avait commencé au 16ème avec des juristes

---

[666] V. sur la question de l'homme créé à l'image de Dieu, ce qui a été dit au n° 190.

[667] V. par exemple chez Grotius, *Droit de la guerre et de la paix, op. cit.,* p. 320 : « *Les oracles divins nous offrent une preuve remarquable de ce que nous disons, en nous enseignant que Dieu lui même, qui ne peut être lié par aucune loi étable, agirait contrairement à sa nature, s'il n'exécutait pas ses promesses. D'où il suit que le devoir d'accomplir les promesses découle de la nature de la justice immuable, qui est commune en sa manière à Dieu et à tous les êtres doués de raison. Ajoutez à cela cette maxime de Salomon : « Mon fils, si vous avez promis quelque chose à un autre, vous vous êtes lié les mains en faveur d'autrui ; vous vous êtes mis dans le filet par les paroles de votre bouche ; vous vous êtes pris par les énonciations de votre bouche. C'est de là qu'une promesse est appelée un lien par les Hébreux, et qu'elle est comparée à un vœu.* (rappr. ce qui a été dit plus haut sur la *bérît*, que l'on peut traduire par alliance et qui fait directement référence au lien qui résulte de la promesse, *supra,* n° 186) *Eustathe, sur le second livre de l'Enéide, fait observer que (…) celui à qui une promesse est faite prend et lie en quelque sorte le promettant* ». Ainsi Grotius s'appuie successivement sur le comportement de Dieu, puis sur les prescriptions d'un prophète, et enfin sur les paroles d'un moine pour asseoir son propos. Difficile de ne pas voir dans de tels affirmations les stigmates d'une pensée à partir de Dieu.

[668] Ce qui historiquement s'explique par les ravages qu'ont fait les guerres de religions, Dieu n'est plus ce que tous les hommes partagent, la raison devient dans ce contexte le « dénominateur commun » de l'humanité.

[669] *Cf.* J.-F. Niort, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français,* PUAM, 2004, préf. J.-L. Halpérin, p. 105

comme Loysel, Domat ou Pothier qui tous essaieront de faire du « chaos » et de la disparité des lois un système cohérent. Mais l'apogée de ce rationalisme vient avec les Lumières, qui critiquaient volontiers le manque de cohérence dans le droit[670].

223. - Droit et morale. Or, parler de rationalisme implique de se référer Au philosophe de la raison : Emmanuel Kant. Il nous semble que le système civiliste constitue ni plus ni moins une formalisation du droit dans un esprit Kantien. Il s'agit de réduire le droit en principes, de le formaliser, de l'ordonner, pour en faire un ensemble cohérent, logique. M. Villey écrivait qu'avec Kant, le rationalisme juridique « *gagne sa bataille décisive* »[671]. Le penseur allemand va ainsi élaborer un système qui repose sur des notions que nous avons déjà rencontrée : l'individu va être considéré comme libre, doté d'une volonté raisonnable, laquelle est autonome, ce qui au final rend possible l'idée de contrat qui va se fonder précisément sur un consentement libre. Ajoutons enfin que Kant, contrairement à ses prédécesseurs de l'École du droit de la nature et des gens, va opérer une distinction entre la morale et le droit[672], il va distinguer la « forme » du contenu et ouvre en cela les portes au positivisme juridique[673]. Mais peut-être que dernière la distinction se cache une volonté de lier ces notions plus que de les séparer.

224. - Le contrat chez Kant. Une structure analogue à celle retenue par les penseurs du Droit Naturel va être présentée dans la *Doctrine du droit.* On retrouve ainsi le duo promesse et acceptation qui en suppose un autre : offre et consentement[674]. Est également présent « *l'impératif catégorique, qui ordonne a chacun de tenir sa promesse* »[675]. La force

[670] Citons par exemple Voltaire qui, dans son *Dictionnaire philosophique,* observait qu' « *Il y a, dit-on, cent quarante-quatre coutumes en France qui ont force de loi ; ces lois sont presque toutes différentes. Un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de postes* ». V. « Coutumes ».

[671] M. Villey, *Préface* à la traduction de la *Métaphysique des mœurs,* A. Philonenko, Vrin, 1971, p. 11

[672] Ce qui le distingue de ses prédécesseurs de l'École du Droit Naturel qui s'était fixé pour projet de déduire le droit de la morale. V. *supra,* n° 208 et s.

[673] Ainsi, l'argument phare invoqué par tous les positivistes pour fonder la légitimité des lois a été élaboré par Kant et consiste à dire : ce qui fonde la loi, c'est sa forme de loi. La loi se fonde sur elle-même et n'a besoin de rien de plus (Deleuze parlera à cet égard de fondement « autiste » des lois.

[674] *Cf.* E. Kant, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit,* trad. J. Barni, 1853, p. XXXVIII.

[675] V. *Ibid.* p. XL.

du contrat chez Kant doit être rattachée à la commune volonté des parties[676], elle engendre une « *prise de possession de l'arbitre d'un autre comme cause qui doit déterminer celui-ci à une certaine action* »[677]. Quoiqu'il en soit, le respect de la parole donnée reprend dans le système Kantien une place prépondérante qu'il n'est pas même besoin de fonder : « *la question était de savoir pourquoi je dois tenir ma promesse ; car que je le doive, c'est ce que chacun comprend par lui-même. Mais il est absolument impossible de donner encore la preuve de cet impératif catégorique ; de même qu'il est impossible à un géomètre de démontrer par des raisonnements que, pour construire un triangle, il faut prendre trois lignes, dont deux ensemble doivent être plus grandes que la troisième* »[678]. Kant va également défendre l'idée d'un système unifiant et ordonnant des concepts par la raison[679]. Et si « *l'homme n'a de devoir qu'envers l'homme* »[680], il faut croire que la fidélité à la parole donnée en fait partie, incontestablement : « *Agis de façon telle que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme fin, jamais simplement comme moyen* »[681].

225. - Fil conducteur. Tous ces auteurs vont profondément marquer la pensée occidentale qui trouve à l'époque des soubassements théoriques robustes. Les rédacteurs du Code civil vont être profondément marqués par cette philosophie rationaliste qui va indiscutablement pénétrer la sphère du droit civil par l'intermédiaire de la codification : il y a du Kant dans le Code[682] ! Ainsi nous en venons à ce projet de civilisation réifié par le Code Napoléon et dont l'un des piliers consacre la force obligatoire des contrats, la fidélité en la parole donnée en gage.

---

[676] C'est dans ces développements que Kant traite du fameux problème de l'impossible simultanéité des déclarations, V. *Ibid.,* p. 105.

[677] *Cf. Ibid.,* p. 106. Il y a là une proximité notable avec l'idée d'aliénation d'une portion de liberté que l'on trouvait chez Grotius, V. *supra,* n° 209.

[678] V. *Ibid.*

[679] Kant exprime clairement cela dans sa *Critique de la raison pure* : « *Elle* (la raison) *ne crée donc pas de concepts (d'objets), mais elle les ordonne seulement et leur communique cette unité qu'ils peuvent avoir dans leur plus grande extension possible* », trad. J. Barni, Garnier-Flammarion, 2ème partie, 2ème division.

[680] V. Kant, *Métaphysique des mœurs, doctrine de la vertu,* trad. A. Renaut, Garnier-Flammarion, 1ère partie, Livre I, 2ème section, §16-18

[681] Selon l'expression qui figure dans la *Fondation de la métaphysique des mœurs*, V. sur ce point les développements d'Éric Deschavanne *in* Le Point, Hors-séries n° 10, *Les textes fondamentaux de la philosophie moderne,* septembre-octobre 2006, p. 58.

[682] Pour l'anecdote, rappelons nous que Kant meurt le 12 février 1804 et que le Code est promulgué le 21 mars de la même année. Kant se serait-il réincarné en Code civil ? La question mérite d'être posée…

B. Les éléments au soutien de l'idée selon laquelle le Code civil est un projet de civilisation

226. - Fin et moyen. Le projet de la codification va consister en la synthèse de toutes les idées « clefs » que nous avons exposées jusqu'à maintenant et l'avènement du Code civil constitue un moment vraiment crucial : il est à la fois la fin d'un temps mais aussi, et c'est le plus important sans doute, le début d'une ère nouvelle. En tant que projet politique, le Code civil est le témoin de la volonté d'un « vivre ensemble », conformément au projet religieux et philosophique dont nous avons décrit les grandes lignes. Le Code civil, c'est donc le projet de vivre ensemble de manière « civilisée » (là est la fin), c'est un projet orienté vers la « civilisation » qui se retrouve dans le discours des rédacteurs du Code (1). Il faut tenir la parole donnée en gage et respecter ses engagements (là est le moyen). Les justifications du principe du respect de la parole donnée soutiennent également l'assertion d'un projet civilisateur (2).

1. Le discours des rédacteurs à l'égard du Code, témoin d'un projet civilisateur

227. - Terminologie. Le terme « civilisation » vient du latin *civis*, ce qui renvoi à la notion de citoyen, de civil[683]. Parfois, le terme est employé de manière « neutre » ; on parlera par exemple de la civilisation Maya au sens de l'état d'une société. Mais le terme peut revêtir une signification plus précise, et signifier un idéal, un progrès de l'humanité. Dès lors, la civilisation devient l'antonyme de la « barbarie » ; le peuple civilisé a atteint un haut niveau de développement culturel et il est constitué de « citoyens », c'est-à-dire d'hommes qui jouissent de droits et de devoirs dans une société. Cet aspect nous semble particulièrement important pour comprendre pourquoi le droit civil est un droit de l'engagement. Le Code civil est un projet fondé sur cette volonté de constituer une « nation », ce qui passe par un droit unifier sur le territoire. Il est question d' « élever » le peuple français vers cet idéal de

[683] V. Dubois J., Mitterand H. et Dauzat A., *Dictionnaire étymologique et historique du français,* Larousse 2011, V°.

civilisation, de culture, conformément à l'esprit des Lumières. Le Code civil est indéniablement une œuvre qui vient synthétiser cette pensée, mêlant ainsi les idées du christianisme, la philosophie des Lumières et l'esprit révolutionnaire. Cela forme un tout atypique et du même coup complexe à appréhender sur certains points. Pour se convaincre que le système civiliste est bien ce projet idéaliste tourné « vers la civilisation », rien de mieux que la lecture des Travaux préparatoires du Code civil, qui ne laisse pas de place à l'ambigüité.

228. - Discours de Cambacérès. Lorsque Cambacérès commence son rapport à la Convention nationale par : « *Citoyens, elle est enfin arrivée cette époque si désirée qui doit fixer pour jamais l'empire de la liberté et les destinées de la France* »[684], le ton est donné et nous voyons bien cet objectif de fonder une nation unie, reposant sur la liberté. Plus loin il ajoute : « *Quel est donc le principal but auquel nous devons aspirer ? C'est l'unité, c'est l'honneur de donner les premiers ce grand exemple aux peuples, d'épurer et d'abréger leur législation. La vérité et une et indivisible. Portons dans le corps de nos lois le même esprit que dans notre corps politique, et, comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité ont présidé à la formation de la république, que l'unité et l'égalité président à l'établissement de notre Code civil…*[685] *(…) Voyez le code de lois civiles que la Convention prépare pour la grande famille de la nation, comme le fruit de la liberté. La nation le recevra comme le garant de son bonheur…* »[686]. Le but est donc bien de vivre ensemble, et de vivre heureux. Cet aspect se retrouve dans chacun des discours prononcé par Cambacérès sur ses projets de Code[687].

229. - Exposé de Jacqueminot. L'idée d'un instrument orienté vers la civilisation, et fruit de la philosophie des Lumières est également clairement exprimée par Jacqueminot dans son Rapport à la Commission législative du Conseil des Cinq-cents : « *Représentant du peuple, de tous les bienfaits que la France attendait de la révolution, le plus ardemment désiré, et le plus souvent promis, a été un code civil. (…) Sorties du chaos de la féodalité, elles (les lois anciennes) ne pouvaient convenir à une nation que le flambeau du 18ème siècle*

[684] V. Fenet, Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil, Tome 1, p. 1.

[685] *Ibid.,* p. 3.

[686] *Ibid.,* p. 11.

[687] V. par exemple le *Rapport sur le 2ème projet* : « *L'exercice des droits civils est le principe du bonheur social et la sauvegarde de la morale publique. (…) Régler les rapports des citoyens entre eux, c'est établir l'ordre civil et fonder l'ordre moral* », *Cf.* Fenet, T. 1, p. 99.

avait éclairée »[688]. Nous sommes encore et toujours face à cette volonté d'organiser une vie sociale paisible, en vue du bonheur auquel aspire chaque être humain : « *C'est, en effet, à la réforme du code civil et à son influence inaperçue que sera due cette épuration de nos mœurs (...) C'est elle qui introduira parmi nous ces habitudes vertueuses, appui aussi nécessaire de nos nouvelles institutions que la bonté des lois. C'est elle qui (...) garantira la paix de l'état par l'union des familles, et rendra les hommes plus faciles à conduire, en les rendant meilleurs (...) C'est elle enfin qui, réglant d'une manière invariable les rapports des citoyens entre eux, qui, reportant l'ordre et l'harmonie dans toutes les classes de la société, préparera le bonheur public par le bonheur individuel, et accélérera l'époque prochaine où notre république, heureuse au-dedans, autant qu'éclatante au-dehors, attirera à elle tous les cœurs, et commandera l'amour, comme elle excite déjà l'admiration* »[689]. Il y a dans ce discours un esprit semblable à celui innervant les propos de Cambacérès : le Code civil est le moyen d'arriver à une société libre, ayant une morale publique, des mœurs donc ; et dans laquelle les individus devenus des citoyens pourront vivre en paix, heureux et épanouis.

230. - Allocution de Portalis. Quant à Portalis, disons que son discours préliminaire du 24 thermidor an 8 s'inscrit dans une même démarche et il y défend les idées de liberté[690], d'une nation, etc. : « *on eut dit que la France n'était qu'une société de sociétés. La patrie était commune, et les états particuliers et distincts. Le territoire était un, et les nations diverses* »[691]. Il ajoute de manière significative que : « *de bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la propriété ; et la garantie de toute paix publique et particulière* »[692]. Cela

---

[688] *Cf. Ibid.,* p. 327.

[689] *Cf. Ibid.,* p. 331 et 332.

[690] Sur le libre arbitre propre à l'homme, V. également Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le 18ème siècle,* 2ème éd., p. 167 : « *Considérons l'homme quand il agit. Avant l'action, il examine, il hésite, il délibère, il sent qu'il a le pouvoir de faire ou de ne pas faire. Pendant l'action, il sait qu'il exécute ses propres commandements, sa propre volonté. Après l'action, il se repent de son ouvrage, ou il s'y complait. Les regrets, les remords, le repentir n'attestent-ils pas, même après la chose consommée, que l'on avait le pouvoir de faire ce que l'on n'a pas fait, ou de ne pas faire ce que l'on a fait ? Je conviens que notre libre arbitre rencontre des limites dans toutes les choses qui ne lui sont pas soumises ; que son pouvoir est plus faible sur l'imagination que sur la mémoire, sur les passions que sur les idées, et qu'il peut être plus ou moins froissé par les circonstances du dehors et par nos dispositions personnelles. Mais de simples embarras ne sont pas des limites ; et il n'est personne qui, dans les moments les plus difficiles, ne sente que, si beaucoup de choses sont indépendantes de lui, il est toujours lui-même sous sa propre dépendance, qu'il peut victorieusement lutter contre les obstacles et opposer sa conscience à l'univers* ».

[691] V. Portalis, *Discours préliminaire, Ibid.,* p. 464.

[692] *Cf. Ibid.,* p. 465.

passe donc par la consécration de la loi qui doit « *fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, (...) C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* »[693]. Mais l'action des rédacteurs du Code se fait toujours sous la bannière de la Raison humaine, le Code étant présenté comme le reflet d'un droit de la nature[694]. C'est un sentiment similaire qui nait à la lecture des derniers mots de Portalis : « *Telles sont les principales bases d'après lesquelles nous sommes partis dans la rédaction du projet de Code civil. Notre objet a été de lier les mœurs aux lois, et de propager l'esprit de famille, qui est si favorable, quoiqu'on en dise, à l'esprit de cité. (...) Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens. Or, il appartient essentiellement aux institutions civiles de sanctionner et de protéger toutes les affections honnêtes de la nature. (...) et la nation française, qui a su conquérir la liberté par les armes, saura la conserver et l'affermir par les lois* »[695].

231. - **En somme.** Il y a ainsi, dans le discours des rédacteurs du Code ainsi que dans celui de ceux qui ont participé à son élaboration un *leitmotiv* ; le Code civil nous est toujours présenté comme le moyen d'atteindre une société policée et organisée selon les principes de la nature, et donnant une place centrale à la liberté, à l'égalité des citoyens (idées héritées de la révolution). Il est par ailleurs présenté comme une œuvre rationnelle conforme à l'esprit des Lumières qui voyait en l'homme un être raisonnable ayant la faculté de se servir de son entendement comme Kant l'avait prescrit dans *Qu'est-ce que les Lumières ?* Tel est le projet du droit civil, du droit de la civilisation. Il nous reste maintenant à mettre tout cela en rapport avec la question de l'engagement. Pourquoi donc un projet civilisateur tel que le Code Napoléon a consacré ce principe selon lequel il faut respecter ses engagements et être fidèle à sa parole ? C'est à cette question que nous allons maintenant tenter d'apporter des éléments de réponses.

[693] *Ibid.,* p. 470.

[694] Portalis affirme en ce sens que c'est « *la nature qui a distingué les hommes par le sentiment et par la raison* », *Cf. Ibid.,* p. 496.

[695] *Ibid.,* p. 522 et 523.

2. Le principe de force obligatoire légitimé par le « vivre-ensemble »

232. - **Problème.** Pourquoi a t-il fallu que les rédacteurs du Code organise un véritable droit de l'engagement ? Pourquoi ont ils fait de ce principe du respect de la parole donnée le cœur du droit civil des contrats ? La question n'est pas sans importance et elle nous permettra de mieux comprendre les raisons qui, *a contrario,* nous ont conduit vers un droit du désengagement. Nous pensons qu'il convient de distinguer à cet égard deux choses : le droit civil est un droit de l'engagement pour des raisons « conscientes », qui sont aussi les justifications classiquement avancées par la doctrine (a). Mais une lecture plus « suspicieuse » permet de mettre en lumière des raisons moins avouables, des raisons « inconscientes », liées à la psychologie des hommes, et mises en évidence par la philosophie du Soupçon (b).

a. Les justifications classiques s'agissant du respect de la parole donnée

233. - **Logique mobilisée.** Ce qu'il faut dire ici, c'est que l'on nous présente traditionnellement le projet civiliste comme le fruit de la pensée canonique, en tant qu'elle a pénétré l'esprit des juristes comme nous l'avons expliqué tout à l'heure[696]. Ce qui au départ était une « invention » de l'esprit humain (des religieux plus exactement) s'est peu à peu transformé en un principe « naturel »[697], découlant de la raison humaine, et par conséquent évident. Les rédacteurs du Code civil ont donc assimilé dans le système du Code le fait de donner sa parole et de s'exécuter. Cela devient une seule et même chose : promettre, en droit civil, c'est s'engager à faire ; dire, c'est faire !

234. - **Les mots de Bigot-Préameneu.** C'est clairement ce qu'exprime la présentation au corps législatif et l'exposé des motifs, prononcé par Bigot-Préameneu le 7

[696] V. *Supra,* n° 201. -

[697] Rappelons à cet égard que nous avons défendu l'idée qu'il n'y avait, en fait, guère rupture avec la morale chrétienne, V. *supra,* n° 211.

pluviôse an 12 : « *Les obligations conventionnelles se répètent chaque jour, à chaque instant. Mais tel est l'ordre admirable de la Providence, qu'il n'est besoin, pour régler tous ces rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes* »[698]. La référence à la pensée de Domat et Pothier, qui sont étaient jansénistes rappelons le, est explicite[699]. Or nous avons que ces auteurs avaient relayés, par leurs travaux, l'idée chrétienne du respect de la parole donnée en tant que principe juridique. Ainsi les rédacteurs vont cristalliser ce principe dans la loi et Bigot-Préameneu insiste la teneur de ce principe : « *C'est ici que se présente d'abord le principe qui sert de base à cette partie du Code civil, et qui s'y trouve exprimé en ces termes clairs et simples (il énonce les articles 1134 et 1135 du Code) Il n'est aucune espèce d'obligations, soit de donner, soit de faire ou de ne pas faire, qui ne repose sur ces règles fondamentales : c'est à ces règles qu'on a recours pour les interpréter, pour les exécuter, pour en déterminer tous les effets* »[700]. Le droit organise donc bel et bien l'engagement dans le système du droit civil des contrats, et c'est bien ce qu'on voulu les rédacteurs du Code.

235. - Exposé de Favart. Les propos du tribun Favart, dans son rapport sur les quatre premiers chapitres du titre troisième, évoquent la même idée : « *Quel ouvrage, citoyens tribuns, que celui qui contiendra la morale publique du plus grand peuple de l'Europe ! Ce que n'ont osé tenter les rois les plus puissants, le gouvernement actuel l'exécute avec une facilité qui doit paraître naturelle aux contemporains, parce qu'un génie réparateur les y a accoutumés, mais qui étonnera la postérité (...) dans la partie qui traite des contrats et des obligations conventionnelles, le législateur se trouve dans l'heureuse impuissance de proclamer une volonté particulière : tout ce qu'il dit doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples* »[701]. Le tribun vante lui aussi les mérites de ce principe de force obligatoire : « *Mais il n'y aura plus d'incertitude sur ce principe ; il sera désormais fondé sur une loi positive et garante par conséquent des fortunes des particuliers, et, ce qui est plus précieux encore, garante de la bonne foi qui doit régner dans l'exécution des conventions. Ainsi, toutes les fois qu'une convention aura été légalement*

[698] *Cf.* Fenet, *op. cit.,* Tome 13, p. 215.

[699] V. *Ibid.,* p. 217 où Bigot-Préameneu évoque ces diverses entreprises de rationalisation du droit : « *La France met sous ce rapport au nombre des ouvrages les plus parfaits ceux de Domat et Pothier* ». Jaubert fait cette même référence dans son rapport où il cite successivement l'influence du droit Romain, de Cujas, de Dumoulin, Domat et Pothier, V. *Ibid.,* p. 412-413.

[700] *Ibid.,* p. 229.

[701] *Ibid.,* p. 312-313.

formée, et dont les causes seront avouées par la loi, cette convention sera elle-même une loi, et le jugement qui la violera sera soumis à la censure du tribunal chargé par la constitution de les conserver toutes, et de les garantir de l'entreprise de l'arbitraire »[702].

236. - Discours de Mouricault. La croyance d'avoir extirpé les principes du droit civil contractuel du droit de la nature, et de la raison humaine, se trouve aussi dans le discours de Mouricault qui soutenait que : « *Ce titre, en effet, tient de plus près que tout autre aux principes du droit naturel, et les règles qu'on y a tracées sont la pure expression de ces principes. Aussi ces règles sont-elles depuis longtemps et généralement adoptées. (...) Ce législateur, c'est la raison. (...) Ces dispositions sont si raisonnables, leur enchaînement est si naturel, et les conséquences qui en sortent et se pressent sont si aisées à sentir, qu'un long commentaire serait superflu* »[703]. Nous constatons une fois encore que les dispositions contenues dans le Code paraissent aux yeux de leurs rédacteurs, relever de l'évidence ; ces principes seraient tellement naturels qu'ils se passeraient de tout commentaire.

237. - Finalement. De ce qui vient d'être dit, nous retiendrons que l'engagement est une notion au cœur du droit civil des contrats, cela parce que le droit civil n'a fait que constater des principes puisés dans la raison et le cœur des hommes, conformément à la philosophie des Lumières. Le Code a également été adapté à l'esprit révolutionnaire consacrant la liberté et l'égalité en tant que valeurs fondamentales de la société nouvelle. Et bien que les rédacteurs ne fassent guère de référence à la pensée chrétienne[704], nous pouvons légitimement penser qu'elle a déjà à l'époque été en grande part assimilée et que l'on

[702] *Ibid.,* p. 319-320

[703] *Ibid.,* p. 414-415

[704] Il est en effet étonnant de ne trouver aucune référence aux dogmes de la religion, mais cela s'explique par le contexte. Rappelons que tout le mouvement des Lumières, faisant de la raison le caractère commun à tous les hommes, dérivait du constat que Dieu n'était précisément plus ce que partage tous les hommes, leçon qu'avait enseignées les guerres de religions. Néanmoins, à cette époque, la pensée chrétienne est tellement imprégnée dans les esprits que les règles qu'elle prescrit (et cela vaut s'agissant de la règle particulière *Pacta sunt servanda*) paraissent relever d'une vérité indiscutable, d'une évidence. Mais rappelons que la pensée chrétienne a pénétré la sphère du droit, en particulier sous l'influence de Domat et de Pothier (tous deux jansénistes). Peu à peu, il est devenu d'usage de parler de « morale » ou de « mœurs ». Mais nous sommes convaincu que parler de morale, c'est déjà parler de « morale chrétienne ». Et même s'il est évident que les rédacteurs ont essayé de séparer le droit de la religion (nous renvoyons le lecteur au constat qui a été fait s'agissant de l'école du Droit Naturel, V. *supra,* n° 211), comme le montre les nombreuses discussions dans les travaux préparatoires relatives à l'institution du divorce ; l'interdiction de la polygamie, qui est une idée chrétienne, ne peut être justifiée de manière satisfaisante par les rédacteurs du Code. V. Fenet, *op. cit.,* Tome 1, p. 155 : ce qui justifie l'interdiction serait l'instinct de vertu et le sentiment des mœurs. Cela montre que ce que l'on appelle morale dérive bien de la pensée judéo-chrétienne, comme la montré Nietzsche dans sa célèbre *Généalogie de la morale*.

applique sa doctrine « naturellement ». Respecter ses engagements n'est plus une idée qu'il faut comprendre, elle est devenue une règle instinctive. Ainsi s'explique ce constat d'un droit civil des contrats présentés dans la quasi-totalité des ouvrages comme le fruit d'une synthèse opérée entre le droit Romain, le droit canon, la philosophie du 18ème siècle et l'esprit révolutionnaire. Dans cette perspective, il faut tenir ses engagements parce que Dieu a respecté son Alliance, parce qu'il a tenu la promesse faite à Abraham. Ou bien il faut être fidèle à sa parole parce qu'il ne faut pas faire à autrui ce que l'on ne voudrait pas qu'il nous fît ; ou bien parce que la volonté est assez forte pour obliger… D'une telle conception, la promesse apparaît comme un phénomène fondamental qui permet aux hommes la vie en communauté, en société. Telles sont les justifications classiques du principe de force obligatoire. Est-il possible de procéder à une lecture différente ?

b. Mise en lumière des raisons « inavouables »

238. - Réponse de Nietzsche. A la question « Pourquoi le droit civil des contrats assure t-il le respect des engagements ? », il est possible d'apporter une réponse à nos yeux plus complète, plus juste. Cette réponse a été formulée par Nietzsche dans la deuxième dissertation de sa *Généalogie de la morale.* Là où d'autres ont insisté sur l'importance des promesses dans la vie sociale, Nietzsche a mis la promesse en soupçon. D'abord il écrit : « *Élever et discipliner un animal qui puisse faire des promesses, n'est-ce pas là cette tâche paradoxale que la nature s'est donnée vis-à-vis de l'homme ? N'est-ce pas là le véritable problème de l'homme ?* »[706]. Si Aristote voyait en l'homme « l'animal doué de parole », Nietzsche tend à y voir un « animal capable de promettre ». Cette capacité qui lui est propre joue un rôle fondamental puisqu'elle lutte contre une autre force active qui est l'oubli, sorte « d'absorption psychique » qui permet aux hommes de pouvoir se libérer du poids de l'histoire. Mais Nietzsche montre bien qu'entre le moment de la promesse et sa réalisation, des éléments peuvent être intervenus et avoir influé sur le promettant qui ne veut plus tenir sa promesse. C'est pourquoi il a fallu inculquer à l'homme une mémoire, il a fallu le rendre prévisible pour qu'une vie en société soit possible ; et cela a un prix : la douleur, la violence de voir associée aux promesses une « dette sociale » à tenir ces promesses, à respecter ses

[706] F. Nietzsche, *Généalogie de la morale,* 3ème éd., p. 85

engagements[707]. Dans cette perspective, le droit civil s'analyse comme une institution sociale ayant contribuée à éduquer, élever, discipliner un « homme-animal » dont la volonté est faible, trop vacillante, trop inconstante pour lui faire confiance. Ainsi, le droit civil serait non pas le système ayant pour pierre angulaire l'homme considéré comme libre, rationnel, se déterminant lui même par une volonté forte mais plutôt un dispositif trop convaincu de l'inconstance des hommes, de leurs difficultés à tenir leurs promesses, pour de pas organiser un droit de l'engagement, garant du respect de la parole donnée. Voyons si nous pouvons trouver la trace d'une telle conception dans les propos des rédacteurs du Code.

239. - Traces d'une telle conception. Et la réponse est oui ! Pour preuve, voyez ce qu'expliquait Cambacérès dans sa présentation du 2ème projet de Code : « *et si la volonté humaine est d'elle-même si faible, si légère, si inconstante ; si l'objet qui a su l'attacher si fortement n'a pas toujours le pouvoir de la fixer…*»[708]. Dans le même sens, Bigot-Préameneu remarque que « *Les auteurs de la loi des Douze Tables craignirent de multiplier les procès et de troubler la tranquillité publique si l'exécution de toutes les conventions était rigoureusement exigée. Ils eurent encore assez de confiance dans la bonne foi des citoyens, pour que chacune restât son juge (…) Bientôt l'inévitable et le fâcheux inconvénient de la civilisation se fit ressentir ; les rapports des citoyens entre eux se multiplièrent. En vain Numa Pompilius avait-il consacré à la Fidélité, sur le Capitole, un temple auprès de celui de Jupiter : ce culte religieux ne put subjuguer la mauvaise foi, et le silence des lois lui laissa prendre un libre et funeste essor. (...) Il n'y avait qu'un seul moyen de la maintenir (la bonne foi), celui de rendre obligatoires les contrats du moment qu'ils auraient été formés, et avant même qu'ils fussent exécutés par l'une ou l'autre des parties* »[709]. Il y a donc incontestablement cette méfiance envers la faiblesse inhérente aux êtres humains et à leur capacité limitée à tenir leurs engagements. Le droit civil devient en quelque sorte le « tuteur »

[707] *Ibid.,* p. 88 : « *C'est là précisément la longue histoire de l'origine de la responsabilité. Cette tâche d'élever et de discipliner un animal qui puisse faire des promesses a pour condition préalable, ainsi que nous l'avons déjà vu, une autre tâche : celle de rendre d'abord l'homme déterminé et uniforme jusqu'à un certain point, semblable parmi ses semblables, régulier et, par conséquent, appréciable. Le prodigieux travail de ce que j'ai appelé la « moralité des mœurs » - le véritable travail de l'homme sur lui-même pendant la plus longue période de l'espèce humaine, tout son travail préhistorique, prend ici sa signification et reçoit sa grande justification, quel que soit d'ailleurs le degré de cruauté, de tyrannie, de stupidité et d'idiotie qui lui est propre : ce n'est que par la moralité des mœurs et la camisole de force sociale l'homme est devenu réelle appréciable* ».

[708] *Cf.* Fenet, *Travaux préparatoire du Code civil,* Tome 1, p. 105. Certes, Cambacérès essaye ici de justifier cette nouvelle institution qu'est le divorce, mais tout de même, il nous semble que la conception de volonté ici décrite procède plus d'une impuissance de la volonté à persévérer que le contraire…

[709] V. Fenet, Tome 13, p. 219-220

des citoyens, le palladium des relations sociales. Cet aspect nous semble important pour comprendre les raisons qui font que le droit civil des contrats trouve sa quintessence dans l'idée de « droit de l'engagement ». A fortiori, cela conforte en soi l'idée que le droit civil est un droit de l'engagement.

Section 2
L'évolution du principe du respect de la parole donnée en gage après 1804

240. - Plan d'étude. Il va être question maintenant d'analyser la manière dont le système du Code a évolué après sa promulgation en 1804. Plus précisément, nous allons essayer de montrer comment l'idée d'un droit de l'engagement s'est renforcée au fil des siècles, au travers de nombreux travaux doctrinaux. Nous reprendrons dans cette section une approche chronologique, et très simplement nous évoquerons les écrits des exégètes, sur la question de l'engagement, et de la force obligatoire ainsi que celle des penseurs rattachés à l'école historique et évolutive, c'est à dire ce qui appartient maintenant à l'histoire du droit (§1). Les derniers développements seront consacrés à la place du principe de la parole donnée en gage dans la pensée « moderne » (§2).

§ 1. Évolution du principe de la parole donnée en gage au cours des 19ème et 20ème siècles

241. - Distinction. On se plait traditionnellement à distinguer deux grandes écoles pendant la période susvisée. Le 19ème siècle « *est dominé par l'École de l'exégèse* »[710]. Les grandes figurent de ce courant seraient de « *purs techniciens, peu perméable aux courants sentimentaux de leur siècle* »[711]. Leur méthodologie a donné à leur école son nom : les exégètes partent des textes, qu'ils commentent et qu'ils étudient avec un sérieux détonnant[712]. Mais la méthode caractéristique de cette école va finalement être remise en question, puis abandonnées par les juristes[713]. Et parce que le vide devait être comblé, c'est une autre École qui vient se substituer : l'École scientifique. Quid du respect de la parole donnée dans la pensée des auteurs qui, sur ces deux siècles, ont fait la doctrine ? Nous revenons successivement sur les écrits relatifs à l'engagement de la parole dans l'Exégèse (A), puis au sein de l'École « moderne », l'École scientifique (B).

A. La parole donnée en gage dans la pensée de l'exégèse

242. - Intérêt de l'étude. S'arrêter sur la période de l'exégèse présente un grand intérêt dans la mesure où le travail de cette école a consisté à défricher un Code nouveau, à en rechercher l'esprit, et à en expliquer la consistance. MM. Jestaz et Jamin ont pu écrire à cet égard que : « *L'exploration du code civil est une priorité absolue, qui doit en révéler les arcanes à des praticiens désorientés par sa nouveauté* »[714]. Il faut en conclure que l'œuvre de

[710] Selon les mots de J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 152.

[711] *Cf. Ibid.* On retrouve ainsi la scission entre le droit et la morale, qui à l'époque semble aller de soi. Néanmoins, nous en revenons à l'idée d'une « morale » qui a déjà été absorbée par les citoyens, morale chrétienne qui, bien qu'on souhaite s'en émanciper, demeure profondément ancrée dans le cœur des hommes.

[712] Songeons ne serait-ce qu'à l'imposant *Cours de Code Napoléon* de Demolombe en plus de trente volumes !

[713] V. *Ibid.* : « *Après Gény, les méthodes de l'École de l'Exégèse furent discréditées, et on cessa de les appliquer du moins au C. C. de 1804. On retint son idée qu'il y a des limites aux possibilités de l'interprétation, et que, ces limites atteintes, c'est une autre sorte de travail qui s'impose, la libre recherche scientifique* ».

[714] *Cf.* P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.,* p. 71

l'exégèse va servir de base à l'expansion de la pensée civiliste et du même coup, à l'expansion de l'idée d'un droit des contrats en tant que droit de l'engagement.

243. - Toullier. L'idée d'engagement va ainsi se conforter dans la pensée de cette école, qui nettement insisté sur le principe de force obligatoire. Cela se ressent par exemple dans les travaux de Toullier, un des premiers maîtres de l'exégèse. Il suffit de regarder le « sommaire » des dispositions générales relatives aux « effets des obligations » où on nous indique les points essentiels à aborder : « *189. Tous (les contrats) produisent des dommages et intérêts en cas d'inexécution ; 190. Le principal effet de tous les contrats est de conférer à chaque contractant le droit de contraindre l'autre à l'exécuter ; 191. Ils ont la force d'une loi, et sont exécutés au nom du Roi* »[715]. Le principe de force obligatoire est présenté sous sa plume avec beaucoup de vigueur, d'intensité : « *Le premier, le principal effet de toutes les conventions, est de conférer à chaque contractant le droit réciproque de contraindre l'autre à les exécuter, de lier les parties, de les obliger aussi fortement que la loi même aurait fait. Leurs volontés, libres dans l'origine, deviennent par la conclusion du contrat, assujetties au joug de la nécessité. (…) La loi sanctionne les conventions ; elle leur prêt toute sa force ; en un mot, elle les érige en lois, comme le dit énergiquement l'art. 1134* »[716]. Le principe de force obligatoire constitue bien la pierre angulaire du système, au regard de ces citations ; et un constat similaire peut être fait dans les écrits des autres auteurs de cette école.

244. - Aubry et Rau. Les strasbourgeois Aubry et Rau, dans le même sens, expliquent dans leur Cours de droit civil français que « Toute obligation civile confère, par elle-même, au créancier, le droit de contraindre le débiteur à l'exécution de cette obligation »[717]. Ajoutons que les auteurs écrivent cela dans des développements relatifs aux « effets des obligations », où le droit à l'exécution est envisagé comme le « droit principal du créancier »[718]. De la même manière, les effets juridiques des contrats nous sont exposés à

[715] *Cf.* Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code,* Vol. 6, p. 198. Relevons au passage que Toullier présente la sanction « dommages-intérêts » avant le droit à la contrainte. Toullier semble ainsi bien avoir conscience de l'impossibilité du droit à forcer en nature dans nombre de situation. Néanmoins, il y a bel et bien sanction, peu importe la forme qu'elle revêt ; nous sommes donc toujours en présence d'un droit de l'engagement.

[716] *Ibid.,* p. 201

[717] V. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* T. IV, § 307.

[718] Les auteurs précisent évidemment dans la foulée que l'exécution directe n'est pas toujours possible, comme nous l'avons vu. Mais peu importe, d'un point de vue symbolique, l'idée que la promesse faite à autrui oblige et

partir de l'article 1134 du Code au terme duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi ». Certes les exégètes commentent le Code civil et notre remarque pourrait paraître sans intérêt ; mais nous pensons qu'un droit des contrats envisagés comme droit de l'engagement semble ici se renforcer ; de manière presque « inconsciente », les juristes assimilent le droit des contrats à l'idée qu'il faut respecter ses engagements. La prépondérance de l'exécution forcée en nature caractérise le droit des contrats tel qu'il nous est décrit[719].

245. - Demolombe. Nous retrouvons une structure similaire dans les propos de tous les exégètes ; le droit des contrats est toujours exposé de la sorte et il s'appuie toujours sur ce principe de force obligatoire. Par le contrat, on « met en gage » sa parole et cela a des conséquences, parmi elles une obligation juridique à tenir ses promesses. En somme, dans tous les écrits de l'exégèse, l'idée d'engagement constitue la pierre angulaire du système. C'est ainsi que le professeur caennais Demolombe constate que « *l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé personnellement envers le créancier, et qui confère à celui-ci le droit d'invoquer le secours de la puissance publique pour en obtenir l'exécution* »[720]. Le contrat ayant justement pour effet de créer des obligations, cette conception va bien dans le sens d'un droit des contrats comme droit de l'engagement. Ce sentiment se confirme à la lecture du commentaire de l'article 1134 du Code : « *Et d'abord, que toute convention, légalement formée, doive tenir lieu de loi aux parties, cela est d'évidence ! Cet effet-là est essentiel ! Puisqu'autrement la convention elle-même, n'existerait pas* »[721]. Le principe de force obligatoire est ainsi présenté comme « évident » et « essentiel » ; et le droit des contrats semble bel et bien, au regard de ces analyses, trouver sa quintessence en l'idée d'un droit de l'engagement.

246. - Duranton. Il en va de même sous la plume de Duranton, qui fait de l'article 1134 le pilier de notre droit des contrats : « Si une loi donne une action pour attaquer les

---

donne ainsi au créancier un droit de « contrainte » apparaît comme Le principe. C'est de là que part l'analyse et donc, le droit civil gravite bien autour de cette idée de force obligatoire en tant qu'effet « naturel » des obligations.

[719] C'est le même sentiment qui jaillit des développements relatifs à la dissolution des contrats, *Cf. Ibid.,* § 348 : « *Les contrats ne peuvent unilatéralement se dissoudre par la volonté d'une seule des parties* ».

[720] V. Demolombe, *Cours de code Napoléon,* T. XXIV, n° 384

[721] *Cf. Ibid.,* n° 387.

engagements vicieux, d'un autre côté elle veut que ceux qui ont été formés d'après les règles qu'elle a tracées, et avec toutes les conditions qu'elle a prescrites, soient fidèlement observés et exécutés »[722]. La référence à l'engagement est explicite ; en d'autres termes, il est bien question d'un droit de l'engagement. Et comme nous pouvons nous en rendre compte, la présentation du droit des contrats dans ces différents travaux de l'exégèse, du point de vue de l'engagement, se ressemblent beaucoup. Ainsi l'exploration et le défrichage du code civil conduisent les auteurs à insister sur le principe du respect des engagements qui paraît à l'époque relever de l'évidence, comme nous l'avons constaté.

247. - Baudry-Lacantinerie. Un autre exégète, met bien ce point en lumière ; il s'agît de Baudry-Lacantinerie qui dans son *Précis de droit civil* indique clairement que : « *L'obligation met le débiteur dans la nécessité juridique d'accomplir la prestation qu'il a promise, de faire ce qu'il a promis de faire, de payer. La loi vient au besoin en aide au créancier, en lui prêtant le concours de la force publique, pour lui permettre d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation, lorsque le débiteur refuse de s'exécuter de bonne grâce* »[723]. Le droit civil des contrats devient ainsi le garant du respect des engagements, et sanctionne de fait le manquement à la parole donnée. Le débiteur sera contraint si possible à s'exécuter en nature et dans le cas contraire, il sera au tenu de compenser sa « faute », et il devra en payer le prix. C'est également cet aspect qui saute aux yeux lorsque ce même auteur déclare qu' « *en mettant les conventions sur la même ligne que les lois, ce texte rend la justice gardienne de l'observation des premières comme des secondes* »[724]. La justice « gardienne » des conventions, peut-on être plus explicite ?

248. - Fil conducteur. Ainsi l'École de l'Exégèse, en travaillant à l'exploration du code et de ses principes fondateurs, va participer à la consolidation d'une idée dans la conscience collective, idée selon laquelle les engagements doivent être respectés. La primauté de l'exécution en nature paraît s'imposer dans la pensée civiliste, conformément à l'esprit du Code et au projet de « civilisation » qu'il contient Qui plus est, même en cas d'impossibilité d'exécution en nature, le droit civil sanctionne par un moyen ou par un autre le manquement à la parole donnée. Sur ce point précis, tous les auteurs semblent d'accord et font en ce sens du

[722] V. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil,* 3ème éd., T. 10, n° 378.

[723] V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* 7ème éd., T. 2, n° 859.

[724] *Ibid.,* n° 860.

principe de force obligatoire un fondement essentiel du droit des contrats, relevant de l'évidence[725]. L'ombre du droit naturel plane ici encore.

B. Le respect des promesses au sein de l'École scientifique

249. - **Rappel.** Comme nous venons de le voir, le respect de la parole donnée, idée chère aux rédacteurs du Code civil, va être relayée par les exégètes en tant que fondement premier du droit des contrats. La conséquence de cela est que le droit civil des contrats va être pensé à partir de cette idée d'engagement : le contrat fait naitre un rapport obligatoire, lequel a une force juridique considérable.

250. - **Planiol.** Partons de la lecture du *Traité élémentaire de droit civil de Planiol* et des développements relatifs au principe de force obligatoire. Il nous semble encore une fois, que c'est bien un droit qui orbite autour de l'engagement qui nous est décrit. L'auteur rappelle d'abord la « confusion à éviter » entre les effets du contrats et l'effet des obligations : « *L'effet de l'obligation est tout autre chose. Pour le comprendre, il faut connaître les différents droits qui appartiennent au créancier en vertu de son titre : leur ensemble constitue l'état de nécessité ou de contrainte où se trouve le débiteur et que l'on appelle proprement « obligation »* »[726]. Un état de nécessité, de contrainte ; tels sont les mots employés par l'auteur et qui entretiennent semble t-il, l'idée d'un droit des contrats qui engage ; soit un droit de l'engagement. Nous retrouvons par ailleurs dans ces développements la primauté de l'exécution en nature, qui est présentée comme la sanction de principe. En ce sens, Planiol retient trois « droits du créancier » qui sont respectivement : « *Le droit d'exiger, dans la mesure du possible, l'exécution forcée ; le droit d'obtenir une indemnité en argent, connue sous le nom de dommages-intérêts, en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution ; le*

[725] J. Piaget a même écrit que ces principes du droit naturels paraissaient tautologiques aux « juristes purs ». *Cf.* J. Piaget, *Les relations entre la morale et le droit, Études sociologiques,* Genève, 1965. Et l'auteur illustre son propos de la meilleure des façon (de notre point vue forcément) puisqu'il ajoute une note où il joint l'exemple de « *Pacta sunt servanda* » et où il observe que « *en quoi consisteraient, en effet, des pacta qui ne seraient pas servanda ?* », *Cf.* p. 2.

[726] *Cf.* Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 2ème éd., T. 2, n° 163

droit d'exercer certaines actions destinées à conserver intact le patrimoine du débiteur, considéré comme gage du créancier »[727].

251. - Planiol, 2. L'ordre des questions traitées en dit encore une fois beaucoup. Ainsi le premier chapitre traite « de l'exécution forcée » est abordé par Planiol à l'aune de « *la nécessité légale d'exécuter l'obligation* » (c'est le premier paragraphe). A cet égard, l'auteur analyse dans un premier temps les « *effets de cette nécessité* » et affirme de prime abord que : « *le débiteur doit exécuter son obligation à l'époque et de la manière convenues. S'il tarde à le faire, il se trouve, sous certaines conditions, en demeure, et cet état de demeure pour lui diverses conséquences. En outre, s'il persiste dans son refus d'exécuter, la loi donne au créancier le droit et les moyens d'en exiger l'accomplissement : à défaut d'exécution volontaire, le créancier peut s'adresser à la justice, qui constatera son droit ; après quoi l'État mettra la force sociale à sa disposition pour lui procurer l'exécution effective. C'est l'exécution forcée* »[728]. Le discours est limpide : c'est la force publique qui viendra en aide au créancier insatisfait, et le débiteur sera contraint, si besoin est, à s'exécuter. Bien sûr, Planiol, comme tous les autres, n'ignore pas que l'exécution forcée n'est pas toujours possible, et il traite évidemment de ces cas « particuliers ». Néanmoins, ce discours tend par sa structure à décrire le droit des contrats en tant que droit de l'engagement. D'ailleurs, rappelons que dans tous les cas de figure, le droit sanctionne le manquement aux engagements souscrits. Mais pour des raisons « d'humanités », on évite de porter atteinte à la personne et à sa liberté via la contrainte par corps ; le débiteur étant alors tenu par son patrimoine, c'est une somme d'argent qu'il sera contraint à payer pour compenser le préjudice que constitue l'inexécution pour le créancier, qui a un intérêt dans l'exécution.

252. - Ripert et Boulanger. Nous venons de rapporter le propos de Planiol, qu'en est-il du côté de ses successeurs ? Voyons donc ce qu'écrivent MM. Ripert et Boulanger à propos de la force obligatoire dans leur *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, et nous pouvons nous douter que cet ouvrage donnera, à l'image de son modèle, beaucoup d'importance audit principe. Ainsi, les auteurs affirment dès l'abord du sujet que : « *Le*

[727] *Ibid.,* p. n° 164. Planiol ajoute que ces droits « *appartiennent en principe à tout créancier. C'est la situation normale qui résulte de l'existence d'une obligation* », *Cf.* n° 165 ; le propos est clair : l'engagement du débiteur à s'exécuter constitue la situation « normale ».

[728] *Cf. Ibid.,* n° 166

contrat tient lieu de loi. L'art. 1134 exprime de la façon la plus énergique la force obligatoire du contrat. (ils citent l'article 1134) Cette force obligatoire a un double fondement : une idée morale, le respect de la parole donnée ; un intérêt économique, la nécessité du crédit »[729]. Le principe est donc rappelé avec vigueur comme découlant de la morale et nécessaire aux relations d'affaire. Ripert et Boulanger posent ensuite le constat selon lequel ce principe de force obligatoire est dans une période de déclin, de part une jurisprudence « flexible » et un législateur toujours plus entreprenant en matière d'interventionnisme [730]. Cet interventionnisme s'expliquerait par un souci de justice et de protection des débiteurs en temps de crise[731].

253. - La « croyance » en la force obligatoire. Mais c'est surtout les mots qui suivent ce constat qui sont significatifs : « *On ne saurait les condamner (ces interventions) toutes par principe. Mais dans l'ensemble elles ont eu ce résultat déplorable de détruire la croyance à la force obligatoire du contrat et d'autoriser les parties à ne plus respecter la parole donnée. Elles ont ce plus compromis la sécurité nécessaire dans les affaires et empêché la conclusion de contrats de longue durée qui se sont révélés inutiles* »[732]. Il y aurait ainsi eu destruction de la croyance en ce principe de force obligatoire du contrat, ce qui veut dire a fortiori qu'il y a eu une croyance en ce principe. Remarquons au passage à quel point les auteurs, de formation purement civiliste, s'offusquent de cette évolution « déplorable ». Mais nous pensons à rebours que, malgré les propos ici rapportés, cette croyance n'a jamais vraiment disparu. Certes elle a sans doute été relativisée dans la pratique mais d'un point de vue symbolique, le droit civil s'est construit autour de l'idée que la parole donnée oblige à son respect, autrement dit, qu'elle engage ; et cela a complétement imprégné les mentalités et finalement, l'idée s'est transformée en évidence. Mais Ripert et Boulanger sentent bien que le retour à cette conception civiliste du contrat sera compliqué, et s'attendent plutôt à un

[729] V. Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol,* T. 2, n° 450

[730] V. *Ibid.,* n° 451 : « *Tendance du droit moderne. Ce respect du contrat a aujourd'hui disparu. On a tout d'abord essayé d'en masquer l'abandon sous l'apparence d'une large interprétation de la volonté des parties. En supposant des volontés qui ne se sont pas exprimé, le juge peut soit découvrir dans le contrat des obligations qui n'y figurent pas, soit modifier celles qui s'y trouvent. Le législateur a été ensuite plus hardi. Il a accordé au juge dans certaines conditions le droit de suspendre, de proroger ou de résilier le contrat ou celui d'en changer les conditions de certains contrats, les locations d'immeubles par exemple. C'est ce que Josserand a appelé, par un néologisme quelque peu barbare qui a conquis droit de cité, le dirigisme contractuel* ».

[731] *Ibid.,* « *Ces interventions ont été inspirées, les unes par l'idée morale de justice : le contrat pouvant devenir injuste par suite d'un changement dans la valeur des prestations promises ; les autres, par l'idée démocratique de la protection des débiteurs en temps de crise* ».

[732] *Cf. Ibid.*

interventionnisme accru en matière contractuelle[733]. Ajoutons enfin que les développements traitant spécialement de « l'exécution forcée » font derechef de cette sanction la réaction principale, primant sur les autres. Le « droit du créancier d'exiger l'exécution » figure ainsi en première place dans ces développements[734]. Il nous semble que cela plaident en faveur de l'hypothèse que nous avons posée : à savoir celle d'un droit civil des contrats organisant un droit de l'engagement et protégeant donc la parole donnée en gage.

254. - Demogue. L'ouvrage de Demogue nous paraît également bien refléter cette conception d'un droit des contrats fondé sur l'idée d'engagement, conception chère à la tradition civiliste comme nous commençons à pouvoir nous en rendre compte. Voyons donc ce qu'enseigne ce célèbre juriste dans son *Traité des obligations en général*. Demogue commence par observée l'évolution du droit des contrats depuis l'abandon de la contrainte par corps et le développement de « l'exécution sur les biens »[735]. Il devient de la sorte plus compliqué de contraindre les individus à tenir les promesses et on ne peut plus le faire par la force lorsque l'obligation engage la personne du débiteur. Il évoque ensuite le débat doctrinal quant à la sanction du manquement à ses obligations, et l'analyse selon laquelle le débiteur être libre de ne pas s'exécuter en en payant le prix[736]. Et la position que défend finalement

[733] *Ibid.* n° 452 : « *Il ne faut pourtant pas espérer une résurrection de la toute-puissance du contrat. Le contrat constitue une organisation privée des rapports économiques entre deux ou plusieurs personnes pour un temps déterminé. Si l'État entreprend de diriger lui même l'économie, il ne peut pas admettre le maintien de rapports contraires à ceux qu'il envisage. Les contrats de longue durée deviennent alors impossibles ou, dans tous les cas, sont exposés à la révision de leurs clauses. La réglementation légale est substituée à la réglementation contractuelle. Le contrat n'est plus que la soumission des parties à un régime obligatoire. Or, notre système économique actuel est un système d'économie dirigée* ». L'histoire semble leur avoir donné raison. En effet, nous verrons que dans le droit de la consommation, la logique du droit des contrats a changé, conformément à ce qu'observe ici Ripert et Boulanger.

[734] *Cf. Ibid.,* n° 1601 : « *Droit du créancier d'exiger l'exécution. Le créancier a le droit d'exiger de son débiteur l'exécution de l'obligation* ». Avant tout autre développement, c'est l'idée que le créancier peut contraindre son débiteur à s'exécuter qui est présentée. C'est cette structure de discours que nous avons retrouvé presque partout dans les écrits des juristes. Le droit civil des contrats est ainsi présenté comme générateur d'obligations, lesquelles impliquent le respect des engagements.

[735] V. Demogue, *Traité des obligations en général, effet des obligations,* T. VI, n° 1 : « *nous avons fait observer que la sanction de l'obligation avait été primitivement une mesure sur la personne (mise en esclavage, plus tard simple emprisonnement), mais à côté s'est développée l'exécution sur les biens. Celle-ci a pris la première place, surtout depuis que la loi du 22 juillet 1867 a presque complètement supprimé la contrainte par corps* ».

[736] *Cf. Ibid.* : « *Comme l'obligation pratiquement vaut par sa sanction, on a pu soutenir que l'obligation ne créait qu'un rapport entre patrimoines, idée qu'il ne faut pas exagérer. On a beaucoup discuté sur la situation du débiteur et notamment Brunetti a représenté le débiteur comme n'ayant qu'un devoir libre, de sorte qu'il choisit librement entre l'exécution et la réparation, choix qui lui est reconnu comme une forme de sa liberté. Le créancier n'a pas d'après cette théorie, de droit à l'action du débiteur. Le débiteur n'a pas un devoir d'agir. Son inaction n'est pas un fait antijuridique. Cela se rattache à l'idée que l'obligation est plus un lien entre deux patrimoines qu'entre deux volontés. Ainsi se concilierait la liberté personnelle et l'idée d'obligation, s'expliquerait que le débiteur peut être un enfant ou un fou. Mais le créancier a droit à l'action de l'État qui a le*

Demogue s'inscrit dans une conception d'un droit de l'engagement : « *Le principe selon nous est que le débiteur est tenu de l'obligation. Les dommages-intérêts ne sont que subsidiaires* »[737]. Il ajoute de manière significative que : « *Quant au contenu général de l'obligation, on peut faire observer qu'il se ramène à la nécessité de l'exacte prestation de ce qui est dû. Il en résulte l'impossibilité pour le débiteur de forcer le créancier à recevoir autre chose que ce qui est dû, cela lui fut-il plus avantageux* »[738].

255. - Demogue, 2. Le sentiment qui nait à la lecture de cet ouvrage est le même, l'exécution est toujours présentée comme le droit principal du créancier : « *La sanction de l'obligation sera normalement l'exécution directe manu militari, malgré la formule de l'art. 1142 qui paraît plus restrictive. L'obligation de donner sera réalisée de plein droit dès qu'elle sera possible. A titre complémentaire le juge pourra dire que sa décision vaudra titre d'acquisition. C'est seulement si la chose a disparu que l'exécution en nature sera impossible. L'obligation de livrer s'exécute en principe manu militari. Mais il en est autrement si elle suppose une perquisition ou est devenue impossible, la chose ayant été détruite. Les obligations de faire ou de ne pas faire à raison de l'art. 1142 sont plus rarement exécutée en nature* »[739]. Demogue se joint ainsi à l'idée que le débiteur est avant tout tenu par son engagement et le lien obligatoire est garanti par la force publique lorsque besoin en est. Le droit civil protège donc l'intérêt des créanciers, car la société a besoin que les hommes soient prévisibles pour sécuriser les relations sociales.

---

devoir juridique d'agir. M. Carnelutti prenant une situation intermédiaire déclare que le créancier a droit à la prestation, ce qui consiste en ce que le débiteur doit tolérer qu'on exécute ses biens. La conséquence du rejet de l'idée de devoir libre est que la réparation apparaît comme quelque chose d'extérieur, c'est une sanction ». N'y a t-il pas dans la position de Brunetti une sorte de *efficient breach of contract* ?

[737] *Ibid.*

[738] *Ibid.,* n° 2.

[739] V. *Ibid.,* n° 2 bis.

§ 2. La place du principe du respect de la parole donnée au sein du droit contemporain

256. - Pesante tradition. « *Pesantes sont bien des choses pour l'esprit, pour le robuste esprit, dont les reins sont solides, et qu'habite le respect ; c'est du pesant et c'est du plus pesant que se languit sa robustesse. Quelle chose est pesante ? ainsi questionne l'esprit aux reins solides ; de la sorte il s'agenouille comme fait le chameau, et veut sa bonne charge. Quelle est la plus pesante chose, ô vous les héros, ainsi questionne l'esprit aux reins solides, afin que sur moi je la prenne et de ma robustesse m'éjouisse ?* »[740]. Notre tradition civiliste et notre conception particulière d'un contrat comme promesse, puisant ses origines dans l'Alliance chrétienne, pèse sur notre esprit. Ce principe du respect de la parole donnée en gage a une force d'attraction considérable et c'est tout le droit des contrats qui paraît graviter autour de lui. Le poids du principe de force obligatoire de la parole donnée en gage transparaît à la lecture des ouvrages qui présentent le droit des contrats. C'est ainsi que l'on enseigne la matière dans les facultés de droit, actuellement. Ainsi, nous devons contrôler cette hypothèse selon laquelle le principe du respect de la parole donnée est bien la pierre angulaire de notre droit des contrats. La notion est présentée dans la quasi totalité des ouvrages à travers une distinction entre la formation du contrat et son exécution, ses effets. Derrière cette distinction on retrouve les principes de consensualisme et de force obligatoire, lesquels trouvent leur quintessence dans le principe du respect de la parole donnée en gage. En d'autres termes, les principes de consensualisme et le principe de force obligatoire vont de paire dans le système du Code civil : l'« *accord de volonté détermine à lui seul, sitôt qu'il est réalisé, la formation du contrat, liant irrévocablement les parties* »[741]. Il s'agit de lister les ouvrages qui traitent du droit des contrats et de vérifier si c'est bien un système fondé sur l'engagement qui nous est présenté.

257. - Ubiquité de l'engagement dans les ouvrages relatifs au contrat. L'idée d'un droit des contrats réduit à un droit de l'engagement se vérifie actuellement partout. Les ouvrages qu'on utilise dans les facultés de droit, au jour d'aujourd'hui, relaie la conception du

[740] F. Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra, Un livre qui est pour tous et qui n'est pour personne,* Textes et variantes G. Colli et M. Montinari, trad. M. Gandillac, p. 38, « *Des trois métamorphoses* ».

[741] *Cf.* J.-L. Aubert, *Le contrat,* 3ème éd., Dalloz, 2005, p. 31.

contrat que nous avons esquissé : le contrat qui engage. La terminologie employée : « parole donnée », « promesse », « contrat », « obligation », sont autant de termes formant une matrice, un système, et finalement une grille de lecture du droit des contrats : cette grille de lecture donne clairement à voir dans le droit des contrats un droit de l'engagement. Prenons par exemple le petit ouvrage de monsieur Aubert intitulé *Le contrat*. Cette étude se veut synthétique et l'engagement fait clairement partie des éléments de synthèse comme en témoigne un certains nombres de formules : « *La création d'obligations est le propre du contrat : c'est ce qui le distingue parmi les conventions.* ***Mais le contrat ne se limite pas à cet effet, ponctuel, créateur d'obligations : il engage****, de façon globale, celui qui le souscrit* »[742]. Un peu plus, alors qu'il traite explicitement de « l'engagement contractuel », l'auteur écrit que : « *On fait rarement état, à côté de l'effet générateur d'obligations qui est attaché au contrat, de l'existence d'un engagement contractuel qui en serait un complément distinct (…) Cet engagement contractuel n'est en fait que la manifestation de l'effet de contrainte des actes juridiques, lequel se traduit, dans le cas du contrat, par l'intangibilité unilatérale de celui-ci* »[743]. L'évidence du principe est comme très souvent soulignée : « *Il s'agit là de l'effet ordinaire qui s'attache à tout acte juridique, et auquel, il est vrai, on ne prête pas toujours une suffisante attention, tant il paraît aller de soi. Tout acte juridique, alors même qu'il n'engendre aucune obligation, n'en engage pas moins son auteur de manière irréversible* »[744]. Comme si l'engagement avait marqué le droit des contrats au fer rouge, il est omniprésent dans la présentation de la matière et l'assertion se confirme aisément par la lecture des ouvrages « plus destinés aux juristes », les manuels et les traités.

258. - Kojève. Le plus brillant commentateur de Hegel[745], sans doute plus philosophe que juriste, a également participé à la diffusion d'un contrat conceptualisé à partir de la

[742] *Cf.* J.-L. Aubert, *Le contrat,* 3ème éd., Dalloz, 2005, p. 97.

[743] V. *Ibid.,* p. 102-103. Remarquons que l'auteur évoque un engagement distinct de l'effet générateur d'obligation. Cela s'explique, malgré les avantages que présente une telle distinction, par la confusion qui est faite dans notre analyse de la notion de contrat de la promesse et de l'engagement qui en résulte. La promesse lie dès lors qu'elle est acceptée. Le rattachement de la parole donnée et l'obligation de s'exécuter, de tenir sa promesse nous paraît bien mis en lumière dans l'expression « parole donnée **en gage** ».

[744] V. *Ibid.* Et pour que le lecteur soit un peu plus convaincu, voici quelques autres citations, tirées du même ouvrage, illustrant pleinement notre propos : « *C'est à dire que, par nature et par essence,* ***l'acte juridique engage*** (en gras dans le texte) *Une volonté qui prétend s'engager tout en se réservant le pouvoir de se dégager n'est qu'une contradiction, au mieux génératrice d'une apparence d'engagement (…) Il n'y a pas lieu de s'étonner que le contrat, dont on sait le rôle essentiel dans le fonctionnement de la société, soit générateur de cette contrainte caractéristique des actes juridiques. (…) la sécurité juridique exige un engagement irrévocable* », *cf.* p. 104.

[745] En France à tout le moins…

promesse. Relevons cependant qu'une telle conception, dans la pensée de Kojève, relève de ce qu'il nomme l'idéal du Droit aristocratique : « *Il en va ainsi du principe fondamental de la Justice et du Droit aristocratique de la fidélité à la parole donnée. Le Maître est censé être fidèle à la « foi jurée » parce qu'il est censé rester Maître, c'est-à-dire se maintenir dans l'identité avec lui-même, en dépit des variations du hic et nunc. S'il a donné « sa parole » à un moment donné et dans des circonstances données, il doit la maintenir dans tous les temps et dans toute circonstance : sinon il dépend du hic et nunc naturel, il n'est pas vraiment c'est-à-dire pas véritablement Maître. Or la « foi jurée » est l'une des sources de l'Obligation et en particulier du Contrat proprement dit* »[746]. Cette conception du contrat se retrouve dans les propos ayant trait à l'intervention du « Tiers » qui « *intervient souvent pour forcer quelqu'un de tenir sa promesse, pour sanctionner la « foi jurée »* »[747]. Dans le cadre d'une telle démonstration, le contrat apparaît encore une fois comme le reflet de l'engagement. Par le contrat, l'homme se « maintient dans l'être », il persévère dans sa volonté parce qu'il est Maître, parce qu'il est homme. Le droit des contrats devient bel et bien dans cette perspective un droit de l'engagement et l'État (le Tiers) doit garantir l'efficacité desdits engagements.

259. - Carbonnier. Dans son traité, monsieur Carbonnier commence par rappeler que « *la matière est dominée par l'article 1134* »[748]. Il explique ensuite, ce qui est doublement pertinent pour notre propos, que : « *très généralement, elle (l'irrévocabilité) est acquise dès l'instant où, par la rencontre des consentements, la convention est formée. Par exception, cependant, il arrive que les engagements pris ne soient pas définitifs tout de suite, et que, dans une première période, plus ou moins brève, chacune des parties, ou l'une d'entre elles, quoiqu'elle soit déjà entrée dans le contrat, puisse y renoncer* »[749]. Et il cite les « droits de repentir » de plus en plus en nombreux octroyés aux consommateurs. D'une part, ce propos va complètement dans le sens d'un droit civil qui par principe organise l'engagement. D'autre part, il semble confirmer l'idée que nous avons formulée dans le premier titre : le droit de la consommation en tant que droit du désengagement[750]. Ce sont donc bien les contours d'un

[746] *Cf.* A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit,* éd. Gallimard, 1981, p. 558.

[747] V. *Ibid.,* p. 559.

[748] V. J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 1029.

[749] *Cf. Ibid.*

[750] L'idée qu'un engagement n'est pas définitif pas s'accorder avec l'idée de désengagement.

droit de l'engagement qui nous sont présentés ici[751], par l'un des auteurs les plus respecté de son temps.

260. - Terré, Simler et Lequette. Ce traité fait aussi partie des « classiques » pour ceux qui étudient le droit des obligations et donc le contrat. Or nous allons le voir, le propos va exactement dans le même : le sens d'un droit de l'engagement. Rien d'étonnant dès lors à ce que l'idée du respect de la parole donnée en gage n'arrive très vite. Alors qu'il analyse la « vigueur du lien contractuel », les auteurs écrivent que : « *Contracter, c'est employer un instrument forgé par le droit : le code apporte sa sanction au contrat en raison de l'utilité qu'il y a, pour la paix publique et le commerce, à ce que les hommes respectent la parole qu'ils se sont donnée* »[752]. Ils ajoutent quelques lignes plus loin que : « *Les parties sont libres de s'engager ou non. Mais une fois formé, le contrat doit être exécuté tel quel* ». C'est donc à nouveau à un droit de l'engagement que nous sommes confrontés.

261. - Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck. Le principe est exposé avec force dans leur traité de droit des obligations : dans une section intitulée « impérialisme du contrat », les auteurs écrivent que : « *la force obligatoire du contrat est un principe universel, qui seul rend possible le commerce entre les hommes* »[753]. Ils précisent que : « *des considérations morales – le respect de la parole donnée –, techniques – les prévisions contractuelles ne doivent pas être déjouées –, et historiques – la victoire progressive de la volonté sur la forme – imposent ce principe* (Pacta sunt servanda) »[754]. Le contrat se caractérisait de la sorte par sa « rigidité » : « *Une fois conclu, le contrat, par sa force obligatoire, échappe à la fantaisie individuelle et aux caprices du temps* »[755]. Remarquons encore la logique d'engagement qui innerve le propos. Comme quoi le « poids » de la tradition dont nous avons fait la « généalogie » n'est pas un mythe.

---

[751] « *les parties sont liées l'une à l'autre jusqu'au terme stipulé ou jusqu'à l'achèvement de l'affaire* », V. *Ibid.*

[752] V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2005, n° 438.

[753] V. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations,* 4ème éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2009, p. 370.

[754] V. *Ibid.,* n° 752.

[755] *Ibid.,* n° 755.

262. - **Malinvaud et Fenouillet.** Voici un autre traité de référence, lequel dépeint, comme toujours, un droit de l'engagement. Les auteurs relèvent immédiatement que : « *pour bien marquer à quel point les parties sont liées par le contrat passé, l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil, emploie une formule dont on se plaît à relever la vigueur. Ce texte pose ce qu'on appelle le principe de la force obligatoire…* »[756]. Tout confirme l'idée que la parole donnée en gage oblige celui qui l'a faite : « *la force obligatoire doit être comprise en ce sens que sont obligées, c'est-à-dire liées par les obligations créées, les seules parties au contrat, créancières ou débitrices* »[757]. Nous voyons ainsi comment dans les ouvrages, le contrat est d'abord rattaché à sa force obligatoire, en d'autres termes comment la parole donnée en gage est analysée à l'aune son exécution.

263. - **Remarque.** On ne peut pas ne pas voir la proximité notable entre tous ces traités et manuels, consacrés aux obligations et traitant donc forcément du contrat. Nous allons bien entendu revenir sur ce que cela signifie, et disons dès maintenant qu'il faut rattacher ce constat à ce que l'on appelle « La doctrine ». Les professeurs de droit, par leurs écrits, participent à la diffusion d'une certaine conception du contrat. Ils véhiculent ainsi un contrat conceptualisé comme une promesse acceptée liant le promettant ; la parole donnée en gage revêt une force considérable, la force obligatoire. Telle est la vision que l'on a de la notion de contrat dans la tradition civiliste. Mais par le contrat, ce n'est pas seulement la parole qui est donnée en gage, c'est aussi le patrimoine : « *qui s'oblige oblige le sien* » !

264. - **Conclusion du premier chapitre.** Parole donnée en-gage ! Tel est l'intitulé de ce chapitre et telle est l'idée essentielle qu'il faut retenir. La règle *Pacta sunt servanda* est une prescription à l'origine religieuse, elle dérive de la notion d'Alliance et va finir par pénétrer l'ordre juridique. L'article 1134 consacre le principe en matière contractuelle ; le contrat tient lieu de loi à ceux qui les ont formés. Mais le droit civil des contrats, n'étant pas détaché du principe de réalité, ne s'est pas contenté de cela. Par le contrat, on met en gage sa parole et le respect de la promesse est garanti par la mise en gage du patrimoine du débiteur.

---

[756] V. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations,* 12ème éd., LexisNexis, 2012, n° 416.

[757] *Cf. Ibid.*

CHAPITRE 2

LA MISE EN GAGE DU PATRIMOINE

265. - Propos liminaires. Le droit civil des contrats apparaît comme un paradigme qui s'organise autour de l'idée d'une parole donnée en gage et il se présente dès lors, d'un point de vue « obligationiste », comme un « droit de l'engagement ». Mais le constat est le même lorsque l'on aborde le problème sous l'angle du droit des biens. C'est d'ailleurs, à nos yeux, un point de jonction essentiel entre les deux matières, un indéfectible lien établit entre le patrimoine et la personne[758]. Ainsi donc si le contrat apparaît à la lumière du droit des obligations comme une parole donnée en gage, il correspond dans une logique de droit des biens à l'idée que **c'est le patrimoine qui est donné en gage.** Le patrimoine est arrimé à la promesse et dès lors qu'elle est acceptée, le créancier dispose de ce que l'on appelle précisément le droit de gage général de sorte que si la parole est retiré, le patrimoine lui, reste. Mais d'emblée une difficulté émerge : comment admettre la « monétarisation » de la parole donnée ? Comment ne pas s'offusquer d'un droit qui, tout en s'appuyant sur le respect de la parole donnée, assure son efficience par une règle teintée de mercantilisme ? Il y a là, semble t-il, un paradoxe notable. Cela dit, une analyse objective du mécanisme permet d'en dessiner les contours (section 1). Une étude subjective invite à mieux percevoir les conséquences de cette règle (section 2).

[758] On songe bien évidemment à la théorie d'Aubry et Rau, *Cf. Cours de Code Napoléon,* 5ème éd., T. IX, § 579, p. 366.

Section 1
Analyse objective du droit de gage général

266. - Idée générale. Le droit de gage général s'appuie objectivement sur deux théories : il s'agit d'une part de la théorie du patrimoine (§1), d'autre part de la théorie de la monnaie (§2). Ces deux théories donnent à l'idée de droit de gage général toute sa teneur ; par surcroît, elles agissent comme complément à la règle du respect de la parole donnée en gage, autrement dit la parole qui engage. Et nous insistons sur ce point, il est essentiel : l'argent, ou plus exactement la propriété, constitue la mesure du droit civil, son moyen d'exécution. Finalement, peut-être que tout le droit civil est contenu dans deux articles : l'article 1382 qui assigne une fin au droit civil, je dois réparer le dommage causé à autrui par ma faute[759] ainsi que l'article 544 qui, en consacrant le droit de propriété, donne la « mesure », le moyen et participe de la sorte à la concrétisation du droit.

[759] En admettant que le fait de ne pas tenir sa promesse constitue une faute et qu'un tel comportement cause un dommage au destinataire de la promesse. Le rapprochement entre les deux ordres de responsabilité a maintes fois été souligné. V. l'analyse de Carbonnier à cet égard : « *le débiteur a l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé au créancier par l'inexécution (fautive) du contrat, comme tout homme, en général, est tenu de réparer le dommage qu'il a causé à autrui par sa faute. IL existe ainsi une responsabilité contractuelle, à l'image de la responsabilité délictuelle. L'analogie est frappante* », V. *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 1070. Soulignons enfin que si aujourd'hui il semble que « *la responsabilité contractuelle est de venue intellectuellement tributaire de la délictuelle* » (*Cf. Ibid.*), il n'en est pas toujours allé ainsi, le rapport s'est inversé.

§ 1. Théorie du patrimoine et droit de l'engagement

267. - Notion de patrimoine. Comment pourrait-on, sur cette question, ne pas renvoyer à l'analyse devenue célèbre de messieurs Aubry et Rau[760] ? Les deux professeurs Strasbourgeois sont à l'origine de la théorie classique et envisage le patrimoine comme une masse reliant l'actif et le passif d'une personne : « *le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droit. (...) Le patrimoine, considéré comme ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires, exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une pareille valeur. Pour en déterminer la consistance, il faut, de toute nécessité, déduire le passif de l'actif* »[761]. Cette conception va faire école et sera reprise par les auteurs jusqu'à nos jours[762]. En somme, le patrimoine est juridiquement la réunion de l'actif et du passif, c'est un ensemble de biens et d'obligations, et par surcroît, le patrimoine est profondément lié à la personne juridique.

268. - Patrimoine et personnalité. A l'origine le patrimoine a été pensé dans son rapport avec les biens, c'est précisément l'un des apports essentiels d'Aubry et Rau de l'avoir

[760] Rappelons que les rédacteurs du Code civil n'ont pas traité de la notion de patrimoine en tant que telle et qu'ils n'utilisent le terme que de manière parcellaire. C'est donc la doctrine qui s'est chargé de la conceptualisation de cette notion. V. Aubry et Rau, *Cours de Code civil français, op. cit.,* T. IX, § 573, p. 333. V. enfin D. Hiez, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel,* BDP, T. 399, LGDJ, 2003, préf. Ph. Jestaz, p. 3 : « *Dans notre histoire juridique, le patrimoine apparaît comme un grand absent. Inconnu du droit romain, il n'est pas davantage présent dans l'ancien droit, ni même dans le Code civil* ».

[761] V. Aubry et Rau, *Ibid.*

[762] V. par exemple Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.,* T. I, n° 2147 : « *On appelle patrimoine l'ensemble des droits et des charges d'une personne* » ; plus récemment, C. Atias, *Droit des biens,* 11ème éd., LexisNexis, 2011, n° 16-17 : « *Le patrimoine, c'est l'unité juridique formée de l'ensemble des biens potentiels et des obligations d'une même personne* » ; J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol II, n° 663 : « *Le patrimoine est l'ensemble des biens et des obligations d'une personne* » ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé,* 1ère éd. « Thémis droit », PUF, 2011, Notion 6, n° 2, p. 353 ; encore F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens,* 3ème éd., PUF, 2008, n° 4. Tous les auteurs reconnaissent ainsi la paternité de cette conception classique du patrimoine à Aubry et Rau. Toutefois, il ne faudrait pas oublier l'influence des pandectistes allemands, qui avaient avant eux conceptualisé la notion de patrimoine. V. en particulier Zachariae, *Cours de droit civil français,* T. I, n° 152 ; V. également Carbonnier, *précit.,* n° 668 ; V. G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé,* NBT, Vol 116, Dalloz, 2012, préf. F. Leduc, n° 393 et s. ; V. enfin D. Hiez, *précit.,* : « *C'est donc à l'occasion de l'étude du Code civil par la méthode des pandectes que la notion apparut. ZACHARIAE, professeur de droit en Allemagne, où le Code civil était applicable dans certaines régions depuis 1810 (...) Et dans cette construction, il apparut que, pour étudier les droits que les personnes sont susceptibles d'avoir sur les choses, il était nécessaire de les envisager, non seulement ut singuli mais également ut universi. Et sous cet angle, c'est la notion de patrimoine qui rendait le mieux compte de la réalité juridique. On sait que cet œuvre de ZACHARIAE a été reprise en France par Aubry et Rau* ».

arrimé à la personne[763] : « *L'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. Quelle que soit la variété des objets sur lesquels l'homme peut avoir des droits à exercer, quelle que soit la diversité de leur nature constitutive, ces objets, en tant que formant la matière des droits d'une personne déterminée, n'en sont pas moins soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté* »[764]. Les auteurs estiment que le patrimoine est « *une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle* »[765]. Ainsi le lien qui s'établie entre le patrimoine et la personnalité constitue son « *caractère principal* ». Aubry et Rau déduisent de l'existence de ce lien trois propositions : seules les personnes peuvent avoir un patrimoine, les personnes ont nécessairement un patrimoine et une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine[766]. Donc derrière le patrimoine, il y a forcément une personne. Précisons que deux autres caractères sont traditionnellement déduits du lien entre patrimoine et personnalité : le patrimoine est incessible et indivisible.

269. - Patrimoine et droit de gage général : l'universalité du patrimoine. Le patrimoine est une notion abstraite et en conséquence, il ne faudrait pas l'assimiler aux « *éléments actifs qui le composent à un moment déterminé de sa durée* »[767]. Là réside l'essentiel pour notre démonstration : le patrimoine en tant que masse abstraite constitue donc un tout affecté par le truchement de l'article 2284 du Code civil à la satisfaction du créancier. C'est précisément cela qu'on appelle le « droit de gage général ». Et il y a là un argument très fort dans le cadre de notre réflexion. L'idée d'un droit civil des contrats en tant que droit de l'engagement prend encore plus de sens : par le contrat, je mets en gage ma parole et mon patrimoine. Il y a là « *la manifestation la plus tangible de la notion de patrimoine, universalité à l'intérieur de laquelle les droits (l'actif) répondent des dettes (le passif)* »[768].

---

[763] En ce sens F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens, op. cit.,* n° 4 : « *Le patrimoine désignait, à l'origine, l'ensemble des biens d'une personne, sans discrimination selon leur pécuniarité ni référence aux dettes susceptibles de les grever. C'était une pure universalité de fait. Cette définition oubliée du patrimoine, qui est celle du droit romain, a un rapport évident avec les biens. Elle désigne les biens au pluriel sans aucune restriction (d'où la persistance de ce pluriel en droit français). La transformation qui en a été faire par la pensée moderne a éloigné le patrimoine des biens. La théorie du patrimoine construite au 19ème siècle par Aubry et Rau a d'abord élevé le patrimoine du domaine des biens à celui de la personnalité juridique* ».

[764] *Cf.* Aubry et Rau, *Cours de droit civil français, op. cit.,* T. IX, § 573, p. 334.

[765] *Ibid.,* p. 335.

[766] Nous reviendrons dans l'analyse subjective ce que peuvent signifier ces règles du point de vue de l'engagement, V. *infra,* n° 279. -

[767] Selon les mots de Carbonnier, V. *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 664.

[768] Selon les mots de P. Ancel, *cf. Droit des sûretés,* 5ème éd., LexisNexis, 2008, p. 3.

Tous les auteurs insistent avec vigueur sur cet aspect. Particulièrement significatifs sont les propos de monsieur Carbonnier à cet égard : « *à la vérité, c'est dans un article classique du Code civil, l'article 2092 (ancien article 2284), que l'on trouvera la base la plus sûre de la théorie du patrimoine. Le texte est très riche, il suggère : que les biens d'une personne forment un tout ; que ce tout répond des dettes de la personne ; qu'obliger sa personne, c'est obliger ce tout ; que ce tout ne comprend pas seulement l'actualité des biens présents, mais le potentiel des biens futurs* »[769].

270. - Finalement. Le fait que la notion de patrimoine ne soit pas envisagée en tant que telle mais qu'elle soit introduite furtivement dans notre Code civil signifie beaucoup : le patrimoine en tant qu'idée abstraite a besoin de la personnalité pour opérer pleinement, il devient dans le système civiliste la « mesure de toute chose ». Le patrimoine agit comme un écran, un bouclier devant la personne et qui soutient sa capacité à promettre. Ainsi donc le patrimoine revêt dans le système du Code civil une fonction majeure, absolument essentielle et qui est mise en pleine lumière par la mécanique du droit de gage général. Et c'est bien dans le sens d'un droit de l'engagement que tout cela marche : je mets en gage ma parole et le respect de cette dernière est garantie par une règle plus pragmatique : mon patrimoine en tant que formant une masse globale et abstraite assure par principe la satisfaction des créanciers : « *le système d'Aubry et Rau, cependant, continue à tenir une place importante dans la pensée contemporaine. Il a, à tout le moins, une valeur didactique : il explique assez bien, notamment, les droits du créancier chirographaire* »[770].

[769] V. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol II, n° 663 ; dans le même sens, C. Atias, *Droit des biens, op. cit.,* n° 26 ; encore F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens, op. cit.,* n° 4 : « *La conception actuelle du patrimoine (...) repose sur le droit de gage général* » ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.,* Notion 6, n° 7.

[770] *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 670. Dès lors, le concept nous paraît occuper une place centrale au sein de la logique civiliste. Le patrimoine est le pendant de la parole donnée. Il donne à la règle de l'article 1134 une signification étonnante. Aussi, et contrairement à ce qui a pu être soutenu (nous songeons ici à la thèse de D. Hiez, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel,* BDP, T. 399, LGDJ, 2003, préf. Ph. Jestaz, qui finalement plaide en faveur de l'abandon de la notion), nous estimons que la notion de patrimoine est essentielle à la logique civiliste. Il donne au droit des obligations une signification particulière : « *Qui s'oblige oblige le sien* ». Tel est l'adage duquel nous sommes partis et c'est à lui que nous revenons. Rejeter l'idée et la pertinence du concept de patrimoine de notre paradigme civiliste revient à faire « exploser » sa logique : le droit civil aurait une fin (répares le dommage que tu as causé par ta faute, tiens ta promesse) mais sans les moyens. A tout le moins, les moyens dont il disposerait ne serait plus en adéquation avec le projet civil qu'il sert.

§ 2. Théorie de la monnaie et le droit de l'engagement

271. - Intérêt pour la démonstration. S'intéresser à la théorie de la monnaie favorise une meilleure appréhension de la notion de patrimoine, elle est comme lui un point de jonction un point de jonction entre le droit des biens et le droit des obligations, ce qu'avait bien remarqué le Doyen Carbonnier[771]. La dimension pécuniaire du patrimoine a largement été soulignée par la doctrine : « *le patrimoine, considéré comme ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires, exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une pareille valeur* », disait déjà, il y a bien longtemps, Aubry et Rau[772]. Cette dimension est cruciale pour comprendre la mécanique globale du droit civil, qui doit soutenir comme c'est toujours le cas les relations économiques. L'idée est bien présente dans l'analyse de Carbonnier : « *Qui dit patrimonial dit pécuniaire, c'est-à-dire monétaire. Tout, dans notre civilisation juridique, s'exprime en monnaie, tout vaut tant (...) Derrière chaque obligation, chaque bien, et même chaque personne, le droit aperçoit d'avance les dommages-intérêts qui pourront les représenter quelque jour, et les dommages-intérêts, ce sont des sommes d'argent* »[773]. L'outil qu'est la monnaie recouvre ainsi dans notre système juridique un rôle essentiel, comme en témoignent les sentences ci-dessus rapportées.

272. - Éléments de définition. La monnaie est l' « *instrument légal des paiements pouvant avoir suivant les systèmes monétaires, une base métallique ou une base fiduciaire, le plus souvent par combinaison des deux* »[774]. De cette définition nous retenons d'abord la fonction de la monnaie : il s'agit de payer. Or le terme « paiement », s'il désigne dans le langage courant le fait de verser de l'argent contre un bien ou un service, s'entend

---

[771] En ce sens J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 663 : « *La parenté qui unit le droit des biens et celui des obligations explique assez que certaines idées fondamentales leur soient communes. Il est bon d'essayer d'éclaircir ces idées communes : la théorie du patrimoine, puisque le patrimoine donne son nom à tout ce versant du droit civil, et qu'il fait, du reste, la transition avec le droit des personnes ; - la théorie de la monnaie, car n'est-ce pas le plus merveilleux outil de notre civilisation juridique ?* ». Outre le lien, la parenté qui transparaît au travers de la théorie de la monnaie, soulignons avec force la fin du propos : « *la théorie de la monnaie, car n'est-ce pas le plus merveilleux outil de notre civilisation juridique ?* ». Un tel propos renforce en effet notre hypothèse : le projet de « civilisation » du Code civil fondé sur le respect de la parole donnée trouve dans la théorie de la monnaie un outil des plus efficaces, nous y reviendrons, V. *infra,* n° 279. - et s.

[772] *Cf. Cours de droit civil français, op. cit.,* § 573, p. 335. Planiol consacre également des développements quant au « *caractère pécuniaire des éléments du patrimoine* », V. *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.,* n° 2150.

[773] V. Carbonnier, *précit.,* n° 671.

[774] V. pour cette définition G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°.

juridiquement, techniquement de l' « *exécution d'une obligation, quelque soit l'objet de celle-ci* »[775]. Il y a là un indice important : la monnaie, incontestablement, est transférée en échange d'un bien ou d'un service mais il n'est absurde de voir en cet instrument le moyen d'éteindre n'importe quelle obligation, c'est sans là sa plus grande force[776]. Donnons maintenant quelques précisions quant au lien avec le patrimoine.

273. - Rapport entre monnaie et patrimoine. Le lien peut paraître évident : les éléments contenus dans le patrimoine sont réductibles à une somme d'argent et le patrimoine lui-même à une valeur. C'est bien ce qu'exprimaient Aubry et Rau dans leur Cours : « *Le patrimoine, considéré comme ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires, exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une pareille valeur* »[777]. Ainsi, c'est par la monnaie que s'exprime le caractère fongible des éléments de patrimoine et elle reflète l'universalité de ce dernier[778]. Il y a ainsi une unité monétaire qui fonde le système et représente une valeur : tout peut fonctionner par équivalent, l'argent sert de mesure. On comprend très bien dès lors l'utilité que pourrait retirer le droit d'un tel outil. Quelque soit la situation envisagée, il sera toujours possible par la monnaie de rétablir l'équilibre dans la balance et d'accomplir ainsi le but ultime du droit : rendre à chacun ce qui lui revient. En ce sens

[775] *Cf. Ibid.*

[776] Carbonnier a écrit au soutien de cette affirmation que « *l'essence de la monnaie, dit-on aujourd'hui, est d'être un pouvoir d'achat indifférencié : c'est un bien en échange duquel il est possible d'acquérir indifféremment toute sorte de biens. Cette indifférenciation totale, qui est pour son possesseur une prodigieuse liberté, confère à la monnaie des caractères juridiques qui n'appartiennent qu'à elle : la fongibilité absolue, qui la rend apte, au moins par le jeu des dommages-intérêts, à remplacer toutes choses dans les paiements* », V. *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 675.

[777] V. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français, op. cit.,* § 573, p. 335. Dans le même sens, Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.,* n° 2150 : « *Ont seuls le caractère patrimonial les droits ou charges appréciables en argent ; tout ce qui n'a pas une valeur pécuniaire reste en dehors du patrimoine* ».

[778] Aubry et Rau, *Ibid.* § 575, p. 340 : « *Les éléments dont se compose le patrimoine, se ramenant tous, en qualité de biens, à l'idées commune d'une valeur pécuniaire, revêtent, par cela même, les uns à l'égard des autres, le caractère de choses fongibles* ».

Section 2
Analyse subjective du droit de gage général

274. - **Précisions.** Nous avons présenté les concepts de patrimoine et de monnaie d'un point de vue objectif. Nous entendions par là une étude des caractères principaux des notions. Il s'agit ici de comprendre comment ces concepts opèrent à l'intérieur de notre droit civil des contrats. Procéder à une analyse subjective, c'est travailler et réfléchir à partir des sujets. Or les sujets du contrat, c'est d'un côté le créancier, le débiteur de l'autre. Il s'agit donc de s'intéresser à ce que signifie le droit de gage général du point de vue de ces personnes. Comment le droit articule t-il l'idée de respect de la parole donnée et du droit de gage général ? Pourquoi même prévoit il ce droit de gage à la faveur du créancier ? En somme, qu'est-ce tout cela signifie ? Quelle est la mécanique globale ? La réponse à toutes ces questions implique de situer au stade de l'exécution du contrat. Une personne a donné sa parole, il a fait une promesse à une autre personne qui a accepté son offre. Le contrat est donc formé par l'échange des consentements et ensuite ? Certes on peut espérer le promettant tienne parole mais qu'advient il dans le cas contraire ?

275. - **Plan.** Voilà la question essentielle. Comme nous allons le voir, le créancier est protégé par une série de règles qui lui permettent de préserver, ou de gonfler la masse d'actif affectée à sa satisfaction, cela avant que le débiteur ne se soit exécuté (§1). Par surcroît, le droit sanctionne le débiteur qui n'a pas tenu sa promesse, il faudra préciser la manière qu'il emploie pour le faire (§2).

§ 1. Les règles relatives à la protection du créancier dans le droit de l'engagement avant l'exécution par le débiteur de son obligation

276. - Créancier, crédit et droit des obligations. Eugène Gaudemet enseignait dans sa *Théorie générale des obligations* qu'il existe une « *idée économique fondamentale qui est à la base de toute l'organisation du droit personnel : le crédit. Le créancier est une personne qui a fait crédit à une autre. (...) Il a eu confiance en lui (son débiteur) : créance = confiance* »[779]. Ainsi donc la créance, soit le droit personnel activement envisagé, implique l'idée d'un risque, car le risque est inhérent à la confiance. Le pont déjà maintes fois observé entre le droit et l'économie doit ici encore être souligné, d'autant que l'on peut ligne quelques lignes plus loin que : « *le droit des obligations n'est que l'aspect juridique de phénomènes sociaux dont le crédit est l'aspect économique. Cette idée de crédit, que nous venons de trouver à la base de la notion du droit personnel, sera l'idée maîtresse de toutes nos études de cette année* »[780]. C'est dire l'importance du crédit au sein de l'étude du droit des obligations. Les règles qui régissent l'institution contractuelle doivent en conséquence tenir compte du fait que le créancier a donné sa confiance, mais il ne doit pas pour autant occulter le fait qu'il a pris un risque, le risque que le débiteur ne tienne pas sa promesse pour quelque raison que ce soit. En d'autre termes, le législateur doit protéger les créanciers parce qu'il doit favoriser le crédit et par suite, l'économie en général. Il a ainsi octroyé aux créanciers certains droits censés le rassurer au moment où il décide de faire crédit à son débiteur et le protéger contre l'inexécution potentielle de son cocontractant (A). Cette protection apparaît toutefois limitée (B).

[779] *Cf.* E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations,* prés. D. Mazeaud, éd. Dalloz, 2004, p. 7.

[780] V. *Ibid.*

A. Les règles protectrices du créancier au sein d'un droit de l'engagement

277. - Garanties pour le créancier. Nous l'avons expliqué, le créancier est une personne qui fait crédit à une autre ; elle lui fait confiance certes mais prend tout de même un risque. Il a ainsi un décalage dans le temps entre la formation du contrat et l'exécution de ce dernier[781]. Et avant que le débiteur ne s'exécute ou pas, des garanties sont accordées au créancier pour renforcer la confiance en son débiteur[782]. Il a déjà comme nous l'avons expliqué, la parole de ce dernier[783], mais il est surtout en relation avec le patrimoine du débiteur ; c'est le droit de gage général dont nous avons présenté les concepts de base[784]. A ce droit de gage général (1) s'ajoute un certains nombres prérogatives qui permettent au créancier de préserver la substance, la teneur de son droit de gage général (2).

1. Le droit de gage général du créancier

278. - Propos introductifs. Rappelons l'importance de la mécanique du droit de gage général au sein de notre démonstration. Cette partie a pour but de démontrer l'existence d'une tension au sein du droit des contrats, nous avons étayé l'idée que le droit de la consommation trouvait sa quintessence dans l'idée d'un droit du désengagement et soutenu que le droit civil des contrats reposait sur une logique de l'engagement. Et cela sous deux angles : d'abord le débiteur qui s'oblige par un contrat met sa parole en gage ; ensuite il met en gage son patrimoine pour garantir le respect de sa promesse, pour renforcer la confiance que le créancier a placé en lui.

---

[781] On retrouve donc une distinction classique au sein de la présentation du droit civil des contrats.

[782] C. Atias écrit en ce sens et à propos du droit de gage général que : « *Cette disposition indique la garantie, la sûreté qui est reconnue à tout créancier, envers son débiteur. Pour qu'il consente à faire crédit, des droits lui sont accordés sur les biens de son débiteur* », *cf. Droit des biens, op. cit.,* n° 26.

[783] V. le Chap. 1 du Titre 2 « *La parole donnée en gage* ».

[784] Soit le patrimoine et la monnaie.

279. - Signification du droit personnel. C'est dans cette optique que le mécanisme du droit de gage général prend tout son sens : il fait apparaître la notion de droit personnel sous un autre jour : « *Le droit personnel apparaît donc comme un certain assujettissement de la personne à la personne. Il faut comprendre, cependant, que, derrière la personne, c'est le patrimoine qui est assujetti : non seulement lorsque la prestation à fournir est de quelque objet patrimonial, mais même lorsqu'elle porte sur une activité personnelle, car, en cas d'inexécution, c'est toujours, en définitive, une somme d'argent qui sera due (art. 1142). Ce qu'exprime une maxime (paraphrasée dans l'art. 2284) « Qui s'oblige oblige le sien », c'est-à-dire son patrimoine. On dit encore, avec l'art. 2285, que le créancier chirographaire a un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur* »[785].

280. - Le patrimoine assujetti. C'est ce qui ressort de la citation rapportée, et l'analyse de l'obligation comme liant des patrimoines n'est pas nouvelle, Aubry et Rau insistait déjà sur ce point : « *Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, les obligations qui pèsent sur une personne doivent naturellement aussi grever son patrimoine. Ce principe, que notre ancien Droit formulait dans la maxime Qui s'oblige oblige le sien, a été consacré par l'art. 2092, aux termes duquel (...) L'art. 2092 établit ainsi, au profit des créanciers, un droit de gage portant sur le patrimoine même du débiteur, ainsi que sur tous et chacun des biens qui s'y trouvent compris* »[786]. On voit la proximité avec la présentation de Carbonnier. Le système des obligations civiles s'est ainsi organisé autour de la notion de patrimoine : en tant qu'il représente une valeur, il garantie une exécution qui pourra dans tous les cas de figure servir d'équivalant pour rétablir un équilibre rompu par l'inexécution. Planiol, autre grand civiliste, enseignait de la même manière l' « *importance de l'exécution sur les biens* » : « *L'exécution sur les biens est depuis longtemps la forme normale et principale de l'exécution forcée. Depuis 1867, c'est à peu près le seul mode en usage en France. L'idée que la personne qui s'oblige donne action à son créancier sur tous ses biens est très ancienne. Elle s'est introduite d'assez bonne heure en droit romain, et s'est toujours conservée depuis lors, comme le prouve l'ancien adage « qui s'oblige oblige le sien » ; elle est exprimée formellement dans l'art. 2092. Pour indiquer la règle écrit dans l'article 2092, on se sert souvent d'une autre formule, mais qui est équivalente à celle de la loi. On dit que*

[785] Ces mots sont empruntés au Doyen Carbonnier, V. *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 701.

[786] C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français, op. cit.,* § 579, p. 367.

chaque créancier jouit d'un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur »[787]. Tous ces enseignements décrivent un droit de l'engagement sous l'angle du patrimoine, mis **en gage** de l'exécution de la promesse.

281. - Droit de gage général inhérent à la créance ? Le créancier sera ainsi muni d'une garantie, d'un « gage » d'exécution. Et c'est comme cela que nous avons conceptualisé le système : un droit de l'engagement qui s'appuie sur la parole donnée en gage et surtout le patrimoine qui est lui aussi mis en gage. Or cette interdépendance qui s'établit entre la notion de patrimoine et le droit des obligations a été remise en cause[788]. L'argument le plus fort avancé au soutien de cette critique est le suivant : le droit du créancier porterait simplement sur l'exécution de la prestation, l'obligation serait « *avant tout le droit d'exiger quelque chose et non le droit de se faire payer sur les biens du débiteur s'il n'exécute pas* »[789]. Autrement dit, « *l'attente première du créancier, qui est l'unique objet de l'obligation, est de recevoir la prestation. L'atteinte aux biens n'est, pour la plupart des obligations, qu'une solution de rechange, une dernière extrémité qui suppose au préalable l'engagement de la responsabilité du débiteur et son refus d'acquitter spontanément le montant des dommages et intérêts auxquels il a été condamné. Il n'y a finalement que lorsque l'obligation est de somme d'argent que le lien avec les biens du débiteur s'intensifie* »[790]. Dès lors, « *le droit de gage*

---

[787] *Cf.* Planiol, Traité élémentaire de droit civil, *op. cit.,* T. 2, n° 179 et 180 ; à peu près à la même époque, Demogue écrivait que « *Le patrimoine, c'est la puissance de garantie qu'offre la personne à ses créanciers actuels et futurs* », *cf. Les notions fondamentales du droit privé,* Rousseau, 1911, rééd. La mémoire du droit, 2001, p. 399. V. encore E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, prés. D. Mazeaud, éd. Dalloz, 2004, p. 400, §1 : « *ces droits seraient sans efficacité pratique si la loi ne les avait munis de garanties générales, distinctes des sûretés spéciales, privilèges et hypothèques. Ces garanties sont d'abord un droit de gage général reconnu aux créanciers sur les biens de leur débiteur, donnant une série de prérogative aux créanciers. (...) Toute créance est garantie par l'universalité de l'actif du débiteur. C'est là le fondement de l'exécution forcée* » ; toujours dans le même esprit, C. Atias, *Les biens, op. cit.,* p. 13 : « *La créance, obligation personnelle, confère à son titulaire un gage, non sur la personne comme autrefois, mais sur ses biens. Par l'intercession du droit, l'engagement personnel grève les biens. Pour sauvegarder la liberté du débiteur, celui qui s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur ses biens* ».

[788] V. par exemple D. Hiez, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, op. cit.,* n° 397 : « *L'inutilité de la notion de patrimoine dans le droit des obligations peut être établie de deux manières. Il peut être montré, en principe, que la notion d'obligation est par elle-même tout à fait à même de rendre compte des solutions positives résultant des articles 2092 et 2093* ». Et sur l'assujettissement du patrimoine (que décrivait Carbonnier dans le propos cité, V. *supra,* note 701, l'auteur estime qu'il « *est généralement second, puisque l'obligation ne porte pas le plus souvent sur une somme d'argent. Mais il est toujours médiat puisque l'obligation pèse toujours et avant tout sur la personne* » et finalement, la règle de l'article 2092 (2284) ne s'expliquerait que par « *le bon sens* », V. *Ibid.,* n° 398. Dans le même et s'appuyant justement sur les propos ci-avant rapportés, G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé,* NBT, Vol 116, Dalloz, 2012, préf. F. Leduc, n° 392 et en particulier n° 398 et s.

[789] D. Hiez, *précit.,* n° 401.

[790] V. G. Forest, *précit.,* n° 400.

général (ne serait) *qu'un élément de la personnalité juridique du débiteur* », il ne serait que « *l'aptitude juridique à répondre d'un devoir, ce qui n'a rien de propre au concept d'obligation* »[791]. Voilà le contenu de la critique adressée par une partie de la doctrine. Le problème est que tout ce que nous avons décrit jusque là semble entrer en contradiction avec la thèse ci-dessus rapportée. Aussi faut-il nous prononcer sur cette critique du lien entre le droit de gage général et la créance.

282. - Prise de position. Précisons maintenant que nous ne partageons absolument pas la thèse que défendent les auteurs précités. Discuter leur critique nous paraît une bonne occasion de renforcer un plus notre propos. Nier le lien profond qui existe entre le droit de gage général et le contrat générateur d'obligations constitue une position difficilement tenable. Certes il faut rattacher le droit de gage général à la personnalité, cela parce que le patrimoine, comme l'a toujours souligné la doctrine, est une émanation de la personnalité. Mais on ne peut pas pour autant occulter son lien avec l'obligation. Cela pour plusieurs raisons et en premier lieu, la thèse entre en parfaite contradiction avec la lettre de l'article 2284 qui dispose que « *Qui* ***s'est obligé personnellement,*** *est tenu de* ***remplir son engagement*** *sur tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». Le texte vise donc « les obligations personnelles », mais par surcroît les obligations volontaires, puisque que le législateur vise celui qui « s'est obligé ». Ce qui d'ailleurs avait valu à ce texte une critique de Planiol qui enseignait que la règle était vraie pour toutes les obligations personnelles[792]. Soit dit en passant, ces mots de Planiol contredisent la thèse de messieurs Hiez et Forest. Deuxièmement le texte figure dans un livre relatif aux sûretés. On parle donc pour le créancier « *d'une garantie fournie par une personne, ou établie par la loi pour l'exécution d'une obligation ; disposition destinée à garantir le paiement d'une dette à l'échéance, malgré l'insolvabilité du débiteur* »[793]. Ainsi l'idée que le droit de gage général garantit le respect de la parole donnée (la parole est donnée en gage) et que le patrimoine est mis en gage pour renforcer la confiance du créancier (qui fait crédit rappelons le) nous paraît très forte. Elle reflète par surcroît un système parfaitement adapté au but qu'il s'est fixé. La

[791] Pour les deux citations V. *ibid.,* n° 401

[792] *Cf.* Planiol, *Traité élémentaires de droit civil, op. cit.,* T. 2, n° 180 : « *on peut adresser à la rédaction de l'art. 2092 une légère critique. La loi dit : « Qui s'est obligé… » Ce langage ne convient qu'aux obligations qui ont été volontairement contractées, comme le sont celles qui dérivent d'une convention. Et cependant la règle ainsi formulée est également vraie pour toutes les obligations personnelles, quelle qu'en soit la source. Il eût donc mieux valu dire : Quiconque est obligé* ».

[793] V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°.

logique du droit de l'engagement que nous essayons de mettre en lumière depuis le début de titre semble bien s'accorder avec les dispositions décrites. Cela étant dit, comment occulter l'interdépendance des articles 1101, 1108, 1134 et 2284 du Code civil. Nous l'avons dit, le patrimoine représente une valeur et donc la mesure de l'engagement : « *le plus merveilleux outil de notre civilisation juridique* », disait Carbonnier. En somme, nous réaffirmons notre attachement à l'idée d'un droit civil des contrats en tant que droit de l'engagement et cette position n'est pas conciliable avec la thèse évoquée, que nous rejetons en conséquence. Les prérogatives attachées au droit de gage général semblent un autre argument en notre faveur.

2. Les prérogatives attachées au droit de gage général

283. - Points à aborder. Parce que le débiteur met en gage sa parole, il met aussi son patrimoine en gage et parce que justement il met son patrimoine en gage ; le contenu de ce dernier n'est plus neutre vis à vis du créancier. Celui qui fait crédit va pouvoir exercer sur le patrimoine de son débiteur un droit de regard. Nous en revenons à la proposition de Carbonnier qui expliquait que derrière la personne, c'est le patrimoine qui est lié. Il découle que le créancier est en lien avec le patrimoine du débiteur, il « *dispose de certains moyens de protection contre un amenuisement de l'actif de son débiteur* »[794]. Nous évoquerons, pour rendre compte de cette protection du créancier, l'action oblique (a), l'action paulienne (b) ainsi que les saisies conservatoires (c). Ces mécanismes ont tous les trois pour but de préserver cette masse ayant une valeur pécuniaire et étant affectée à la satisfaction du créancier. De ce point de vue, ils jouent un rôle essentiel au sein du droit de l'engagement.

a. Action oblique et densification de la masse d'actif en gage

284. - Définition. L'action oblique est classiquement rattachée au droit de gage général. En vertu de son droit de regard, qui lui même découle de la mise en gage par le débiteur de son patrimoine, le créancier va pouvoir « *exercer les droits et actions de son*

[794] *Cf.* P. Ancel, *Droit des sûretés,* 5ème éd., LexisNexis, 2008, n° 12.

débiteur négligent, à l'exclusion de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne »[795]. Cette action prend parfois le nom d'action indirecte ou subrogatoire[796].

285. - Intérêt de ce mécanisme et conditions de mise en œuvre. L'action oblique va permettre au créancier de faire « *entrer ou rentrer dans le patrimoine de son débiteur des éléments d'actif* »[797]. Le créancier peut agir indirectement sur le patrimoine de son débiteur, ce qui s'explique bien lorsque que l'on conçoit le contrat comme un mécanisme qui fonctionne à partir de l'engagement. En effet, dès lors que le débiteur a donné sa parole et son patrimoine en garantie, la gestion de ce patrimoine intéresse le créancier puisque justement il sert de garantie. Sont exclues les actions relatives à des considérations d'ordre moral ou familial[798]. La créance doit être exigible[799], le débiteur négligent et insolvable. Insistons sur le dernier point : tant que le débiteur est en moyen de tenir sa promesse, tant que son gage existe, le créancier ne saurait s'immiscer dans la gestion de son patrimoine[800]. Ce qui ressort en tous les cas, c'est que l'action oblique constitue une garantie d'exécution, et en ce sens, elle n'est ni une véritable mesure conservatoire, ni une vraie mesure d'exécution[801]. Mais l'important, c'est le lien qui s'établit entre l'action oblique offerte au créancier et la créance dont il est titulaire. C'est parce qu'il se situe à l'intérieur d'une logique de l'engagement que le créancier dispose d'un droit de regard, puis d'action sur le patrimoine de son débiteur. Il

---

[795] Pour cette définition, V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°.

[796] Ce que l'on veut dire par l'emploi de ces différentes expressions, c'est que le créancier n'agît pas en son nom, mais en celui du débiteur qui devrait dû agir mais qui ne le fait pas.

[797] V. P. Ancel, *précit.*

[798] Nous reviendrons sur l'idée qu'il faut sauvegarder la liberté du débiteur, V. *infra,* n°280. - . En tous les cas, l'action oblique est possible lorsque le débiteur ne tire aucun avantage de son inaction, *cf.* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 1141. Le propos d'Eugène Gaudemet à cet égard est très intéressant. L'auteur explique que ces actions exclues, outre celles à caractère moral, sont celles qui **« ne peuvent avoir directement influence sur le gage du créancier** », V. Gaudemet, *Théorie générale des obligations, op. cit.,* p. 402. Le propos renforce encore le lien profond qui unit l'action oblique à la créance.

[799] L'action est donc exclue pour les créanciers à terme ou sous condition, V. sur ce point J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 1282.

[800] V. *Ibid.,* puisque « *sinon le créancier n'aurait pas d'intérêt à se substituer à lui* » ; dans le même sens B. Starck, *Les obligations,* Librairies techniques, 1972, n° 2558 ; V. encore Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 861 ; enfin A. Sériaux, *Droit des obligations,* 2ème éd., PUF, 2014, n° 206.

[801] Sur ce débat, V. les explications de MM. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 1142 : « *l'action oblique ne répond exactement à aucune de ces deux catégories. Elle n'est pas seulement une mesure conservatoire, puisqu'elle consiste dans l'exercice d'un droit du débiteur et tend à une modification de l'état des choses, à savoir la réintégration de certaines valeurs dans le patrimoine du débiteur. Elle n'est pas cependant une mesure d'exécution, puisqu'elle ne se traduit pas directement par la satisfaction du créancier. Elle précède et prépare la phase d'exécution sur les biens ou valeurs réintégrés. C'est, en définitive, avec une mesure d'exécution que la parenté est la plus proche* ».

paraît donc à nouveau compliqué de nier l'existence de cet intime lien[802]. Et derrière ce mécanisme, c'est l'idée que toutes les obligations se ramènent à une somme d'argent qui émerge[803]. En protégeant la valeur de son gage, le créancier renforce ses chances d'être satisfait. Par ce mécanisme, le législateur organise un système qui s'explique encore une fois très bien par l'idée d'un droit de l'engagement.

286. - Les actions directes. Elles ressemblent à l'action oblique en ce sens qu'elle permette aux créanciers d'agir contre les débiteurs de leur débiteur. La différence tient à ce que le créancier n'agit plus en représentation de son débiteur mais en son nom propre. L'action directe est plus avantageuse pour lui car il n'est plus en concours avec les autres créanciers, il dispose d'un droit exclusif. Nul besoin d'entrer dans le détail[804] car la logique est exactement la même : le créancier est en lien avec la personne du débiteur au travers de son patrimoine, sur lequel il pourra exercer des actions ayant pour objet de préserver la consistance de la masse affectée au paiement. L'action oblique, et *a fortiori* l'action directe, apparaissent bel et bien comme des moyens de garantie du paiement.

b. Action paulienne et préservation du gage du créancier

287. - Définition, conditions d'exercice. Cette action, qui tient son nom du jurisconsulte Paul[805], diffère de l'action oblique du fait qu'elle protège le créancier non plus

[802] C'est pourtant ce que certains ont fait. Ce qui dans la logique de leur réflexion n'étonne pas. Nous songeons aux auteurs qui critiquaient le lien entre le droit de gage général et la créance. Dès lors, tant l'action oblique que l'action paulienne ne peuvent pas plus être rattachées à la créance. C'est bien ce qui ressort du propos de G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, op. cit.,* n° 410 et s. Là encore, nous ne saurions nous rattacher à une telle conception qui viole tant les textes que la logique civiliste. Il suffit de revenir à l'énoncé de l'article 1166 du Code civil. Qui peut exercer tous les droits et actions ? Réponse : les créanciers. Par ailleurs, la doctrine a toujours insisté sur le fait que cette action est une protection pour le créancier.

[803] Ce que souligne la doctrine, V. par exemple Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 860 : « *En définitive, toutes les obligations se réduisant d'une manière ou d'une autre à une somme d'argent, le seul risque véritable que court le créancier est celui de l'insolvabilité du débiteur. Les garanties d'exécution tendent précisément à réduire ce danger* ».

[804] Le lecteur se reportera utilement pour des développements complémentaires aux ouvrages de droit des obligations. V. tous les mêmes références que pour l'action oblique. Mais juste à titre d'illustration, on peut citer l'exemple du bailleur qui dispose d'une action directe contre son sous-locataire (art. 1753 Code civil) ou encore la victime d'un accident contre l'assureur du responsable (art. 124-3 C. ass).

[805] Parce qu'il fut « *le premier à en faire état* », V. A Sériaux, *Manuel de droit des obligations, op. cit.,* n° 208.

contre une négligence, mais contre un acte frauduleux qui serait passé par le débiteur[806]. Ainsi donc, si grâce à l'action oblique on gonfle le contenu de la masse affectée à la satisfaction de la créance, par l'action paulienne, on empêche une dévaluation de cette même masse. La créance doit être certaine en son principe, et le débiteur apparemment insolvable et l'acte objet de l'action doit avoir été passé en fraude des droits du créancier[807].

288. - Effets de l'action paulienne. L'action paulienne aboutit à l'anéantissement rétroactif de l'acte frauduleux. Le but étant, comme nous l'avons dit, de retrouver le patrimoine dans son état antérieur. C'est pour cela que l'action paulienne doit être rattachée à la créance d'origine, sans elle, aucune action ne serait envisageable. Parce que le créancier dispose d'un gage, il va de soi qu'il faut en préserver la consistance. Le créancier n'est pas sans rapport avec les fluctuations du contenu du patrimoine de son débiteur affecté à sa satisfaction, aussi il n'est pas étonnant que le législateur ait prévu des techniques lui permettant de protéger ce qui pourrait dans tous les cas de figure lui donner satisfaction, au moins partiellement, par équivalent[808]. En somme l'action oblique comme l'action paulienne doivent être considérées comme les mécanismes rendant possible un droit de l'engagement. En effet, que vaudrait un droit de l'engagement où le gage ne serait que fumée ?

c. Les saisies conservatoires en tant que garantie de l'exécution de la promesse

289. - Généralités. Ces procédures conservatoires ont pour objet de « *frapper d'indisponibilité, en vue d'assurer la conservation, des biens appartenant au débiteur* »[809].

[806] Le mécanisme siège à l'article 1167 du Code qui ne parle pas expressément d'action paulienne et qui dispose que « *Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* ».

[807] V. les mêmes ouvrages de droit des obligations : A Sériaux, *Manuel de droit des obligations, op. cit.,* n° 208 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 865 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 1170 ; J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.* n° 1283

[808] Pour ceux qui proclame que seule l'exécution en nature de procure véritablement satisfaction au créancier.

[809] *Cf.* G. Couchez, *Voies d'exécution,* 10ème éd. Sirey, Dalloz, 2010, n° 134 *ter*. Remarquons que l'ambiguïté sur le caractère conservatoire ou exécutoire de la mesure observé à l'égard des actions oblique et paulienne se retrouve ici : « *la fonction conservatoire n'est pas étrangère à la mise en œuvre de procédures d'exécution, d'autre part, une mesure conservatoire peut n'être que la première phase d'une procédure débouchant sur une mesure d'exécution* ». V. aussi les n° 341 et s.

Monsieur Couchez parle en ce sens de « *mesure de précaution* » car « *il s'agit de prévenir l'insolvabilité éventuelle du débiteur en vue de permettre la conservation de ces meubles* »[810]. On voit donc dès l'abord la proximité[811] avec les deux actions étudiées avant, le but est le même : protéger le gage du créancier[812]. A l'instar des actions conservatoires, certaines conditions doivent être réunies pour que la saisie soit possible. Principalement, c'est à la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable que l'on songe. La créance doit par ailleurs être fondée dans son principe et que les circonstances menacent le recouvrement de la créance. La encore, le lien entre la mesure conservatoire et la créance originaire est à souligner[813]. Pourtant, et comme nous l'avions déjà observé, la dépendance avec la créance a été critiquée[814]. Mais les arguments ne nous ont pas convaincu[815]. A nos yeux, c'est parce que le débiteur a mis en gage sa parole que le créancier se retrouve en rapport avec son patrimoine.

290. - Objet de la saisie conservatoire. La saisie conservatoire est susceptible de porter sur des objets variés. Le domaine d'application de la loi de 1991 est très large, comme en témoigne son article 74 qui dispose que la saisie « *peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur* ». De plus, des sûretés judiciaires peuvent « *être constituée à titre conservatoire sur les immeubles, les fonds de commerce, les actions, parts sociales et valeurs mobilières* », au terme de l'article 77 de la même loi. Ainsi, si la

[810] V. *ibid.*

[811] Il est utile de préciser que ces mesures sont issues du dispositif de la loi 91-650, elles n'étaient pas prévues par le Code civil.

[812] Et de fait, le lien existant entre la mesure (que ce soit l'action oblique, l'action ou la saisie conservatoire) et la créance paraît difficile à nier. Nous renvoyons le lecteur à ce qui a été dit à propos de la thèse de monsieur Forest (V. *supra,* n° 281. - D'ailleurs, monsieur Couchez écrit expressément qu' « *une telle mesure est intéressante pour le créancier saisissant : elle protège son gage, de telle sorte que si le débiteur ne paie pas, les biens placés sous main de justice pourront être ultérieurement vendus…* », *cf ibid,* n° 341.

[813] Monsieur Couchez parle d'une créance qui « cause » la mesure conservatoire. *Cf. Voies d'exécution, op. cit.,* n° 347 ; dans le même sens E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations, op. cit.,* p. 400.

[814] V. G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, op. cit.,* n° 413.

[815] L'auteur précité s'appuie sur le fait qu'il n'est pas nécessaire d'être créancier pour mettre en œuvre ces mesures. Ainsi le comptable public « *peut les pratiquer pour garantir le recouvrement de simples devoirs de payer* », ce qui ne concerne pas la logique du droit civil. Elles garantiraient aussi « *la protection d'un droit réel, au bénéfice de l'acheteur ou d'un vendeur avec réserve de propriété* ». (V. G. Forest, *précit.,* pour les citations). Mais là encore, le droit réel de l'acheteur dérive d'un droit personnel (ou droit de créance) antérieur. Il n'a un droit réel que par la règle du transfert solo consensu spécialement prévu pour les ventes à l'article 1583 du Code civil. Le même argument peut être avancé s'agissant du vendeur avec réserve de propriété. Bref, nous avons avoir beaucoup de mal à comprendre la position de l'auteur. Et toutes nos observations nous ont conduit à une conception inverse. Tous les auteurs n'ont cessé, depuis Aubry et Rau, de souligner ce lien intense entre le droit de gage général et la créance. Cela parce que tout le système fonctionne autour de l'engagement, l'idée nous paraît bien mieux rendre compte de la logique civiliste.

valeur globale du patrimoine garantie le paiement d'une créance, chaque élément de patrimoine peut isolément faire l'objet d'une saisie conservatoire. Il y a en quelque sorte, et pour utilisée une distinction bien connue des juristes, une protection générale (le droit de gage général de l'article 2284) et une protection spéciale (les actions et mesures conservatoires en ce quelles portent sur un objet précis). Quoiqu'il en soit, il est toujours question de protéger ce gage qui trouve sa cause dans la créance.

291. - En somme. Si le créancier paraît à ce stade particulièrement protéger par le droit, il ne faudrait pas pour autant occulter les risques inhérents à sa situation (il a fait crédit). Dès lors, sa protection, bien qu'existante, reste limitée.

B. Les limites de la protection du créancier

292. - Les limites de la protection par la mécanique du droit de gage. La faiblesse du droit de gage général met en lumière la différence de traitement entre le détenteur d'un droit réel et le titulaire d'un droit personnel[816]. Les auteurs ont en effet toujours insisté sur le fait que, et malgré son nom, le droit de gage général n'est pas un droit réel[817]. Ainsi, il n'y aura ni droit de suite, ni droit de préférence accordé au créancier. C'est qu'en effet le créancier a par définition fait crédit, il a donc pris un risque en laissant à son débiteur le soin d'administrer ses biens. L'idée est très bien formulée dans l'ouvrage de Gaudemet consacré à la *Théorie générale des obligations* : « *il est nécessaire de limiter et de réglementer ce droit. Il ne faut pas que le créancier, sous prétexte de mesures conservatoires, puisse s'immiscer constamment dans la gestion des biens du débiteur. Celui-ci reste à la tête de son patrimoine*

[816] V. sur ces différences les développements de Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 702.

[817] Aubry et Rau, en leur temps, l'enseignait déjà. *Cf. Cours de droit civil français, op. cit.* § 579, p. 367 ; dans le même sens, Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.* T. 2, n° 180 et s. Le propos n'a pas changé depuis. V. par exemple les explications de MM. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 1096 : « *Si tout droit de créance confère à son titulaire un droit sur les biens du débiteur, ce droit n'est, en règle générale, que personnel et pas réel* ».

et garde sa pleine liberté d'administration et d'aliénation. (...) Le but de la théorie est de concilier le droit du créancier avec la liberté du débiteur »[818].

293. - Le gage commun des créanciers. Il découle de l'observation faite ci-dessus que le créancier dit « chirographaire » est en concours avec tous les autres. On dit que le gage est commun à tous les créanciers. C'est bien cela qui ressort de la lecture de l'article 2285 du Code civil : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* ». Le droit personnel apparaît sous cet angle moins « énergique ». Les créanciers seront donc traités à égalité et dans le cas où le débiteur ne pourrait faire face à l'ensemble de ses obligations, c'est une répartition « au marc le franc » qui sera opérée. Cela montre bien la relativité de la protection accordée au créancier[819].

294. - Les biens insaisissables. Voilà une autre limite, importante en pratique, de la protection accordée au créancier titulaire du droit de gage général : certains biens, de part leur particularisme, échappent à l'attraction du droit de gage. C'est le cas par exemple des biens nécessaires à la personne, qui ont trait à ses « *besoins fondamentaux* »[820]. On songe avant tout aux « *biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du dais et de sa famille* »[821]. Mais certaines créances sont également insaisissables : il s'agit en particulier des créances ayant un caractère alimentaire, mais aussi des fractions de rémunération insaisissables[822]. Nous voyons ainsi au travers de ces quelques exemples que le droit de gage général a une portée limitée et la conséquence directe est que le créancier a une protection limitée.

---

[818] *Cf.* E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations, op. cit.,* p. 400. Et rappelons à bon escient que Gaudemet insiste dans son introduction sur le lien entre l'étude des droits personnels et le crédit : « *Cette idée de crédit, que nous venons de trouver à la base de la notion du droit personnel, sera l'idée maîtresse de toutes nos études de cette année. Notre programme est en somme l'étude de l'organisation juridique du crédit* », *cf.* p. 7.

[819] MM. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette écrivent en ce sens qu' « *au total, le droit de gage général ne procure qu'une sécurité très relative* »,V. *Les obligations, op. cit.,* n° 1096.

[820] *Ibid.,* n° 1100.

[821] Au terme de l'article 14-4 de la loi de 1991. Cela comprendra concrètement « *les vêtements, la literie, le linge de maison, les objets et produits nécessaires aux soins corporels et à l'entretien des lieux, les denrées alimentaires, certains objets de ménage, les appareils de chauffage, la table et les chaises permettant de prendre les repas en commun, un meuble pour abriter le linge et les vêtements et un meuble pour ranger les objets ménagers, une machine à laver le linge, les livres et autres objets nécessaires à la poursuite des études ou à la formation professionnelle, les objets d'enfants, les souvenirs à caractère personnel ou familial, certains animaux, les instruments de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité professionnelle, un poste téléphonique permettant l'accès à un service téléphonique* », V. G. Couchez, *Voies d'exécution, op. cit.,* n° 69. On voit donc que l'insaisissabilité d'un bien s'explique toujours par la supériorité de la dignité humaine au droit des obligations.

[822] V. G. Couchez, *Voies d'exécution, op. cit.,* n° 71 et s. ; ou encore F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *précit.*

§ 2. Les sanctions à l'inexécution des obligations nées d'un contrat, illustration parfaite d'un droit de l'engagement

295. - Rappels. Dans le cadre de développements consacrés à démontrer que le droit civil fonctionne selon une logique de l'engagement, nous avons d'abord essayé de retracer l'histoire de la règle *Pacta sunt servanda,* véritable pilier de notre système juridique[823]. Nous pensons avoir apporté des éléments qui montrent que les rédacteurs du Code, s'inspirant de Domat et Pothier particulièrement, vont forger un système où la notion de contrat est conceptualisée sur le modèle de l'Alliance chrétienne, autrement dit sur la promesse. De ce point de vue, la parole est donnée en gage de l'exécution et nous sommes bien face à un droit de l'engagement. Ensuite il était question de renforcer cette idée d'un droit de l'engagement : et il semble que le contrat, ce soit mon patrimoine que je mets en gage. Le système civiliste s'est doté d'un instrument particulièrement efficace pour protéger les intérêt d'un créancier (qui a fait crédit) et la liberté du débiteur ; par le patrimoine mis en gage, le créancier sera en lien avec son débiteur, mais dans un rapport pécuniaire, monétaire[824]. Le patrimoine représente une valeur pécuniaire qui sera abstraitement affectée à la satisfaction du créancier. Aussi avons nous procédé à une étude de ce que l'on appelle le « droit de gage général » et des accessoires qui s'y attachent (actions et mesures conservatoires). L'idée d'un droit civil des contrats en tant que droit de l'engagement a gagné en pertinence puisque les pouvoirs du créancier sur le patrimoine du débiteur avant l'exécution sont bien le reflet d'un patrimoine mis en gage.

296. - L'inexécution, un fait contraire au droit appelant une réaction. Reste donc l'analyse des sanctions prévues en cas d'inexécution du contrat, qui comme nous allons le voir confirme l'hypothèse d'un droit de l'engagement. Et là, il n'est pas inutile de rappeler ces mots du doyen Carbonnier qui disait que « *puisque le contrat a force obligatoire, son inexécution est un fait contraire au droit. Le créancier de l'obligation inexécutée dispose, avant tout, d'une action en justice pour demander que le débiteur soit condamné à exécuter sa promesse, à tenir sa parole. Il est, cependant, souvent impossible de contraindre ainsi le*

[823] C'était l'objet du premier chapitre.

[824] Pour l'importance de la théorie de la monnaie au sein d'un droit de l'engagement, V. *supra,* n° 273. -

débiteur à l'exécution directe du contrat. (…) Le créancier ne peut alors recevoir satisfaction que par équivalent ; pour remplacer l'exécution impossible, il a le droit, en principe (…), à des dommages-intérêts, à une indemnité en argent ; l'argent paie tout »[825]. Nous retiendrons plusieurs choses de propos : d'abord que l'inexécution est un fait contraire au droit (parce que le contrat est une promesse et que ne pas tenir sa promesse est une faute). Ensuite, c'est la réaction juridique de « principe » qui doit retenir notre attention : le créancier dispose AVANT TOUT d'une action en justice pour forcer le débiteur à tenir parole. Cela n'étonne pas vraiment au sein d'un droit qui fonctionne selon une logique de l'engagement. Si par le contrat je mets en gage ma parole, le droit peut me contraindre à m'exécuter. Mais immédiatement après on nous explique que l'exécution directe n'est pas toujours possible, d'où l'utilité des dommages-intérêts. Une hiérarchie s'établie alors au sein des sanctions, et l'exécution forcée en nature domine cette hiérarchie. Elle apparaît comme la sanction la plus « juste », la réaction la plus à même de satisfaire le créancier[826]. Mais ne perdons pas de vue cet objectif primordial qui est de préserver la liberté du débiteur. C'est là toute la magnanimité du droit, il utilise la monnaie comme équivalent et interdit toutes contraintes sur la personne du débiteur[827]. Il y a donc bien des choses à dire sur les sanctions qui sont en lien avec l'idée d'un droit de l'engagement.

297. - La responsabilité du débiteur. On ne va pas ici revenir sur une controverse trop connue la notion de responsabilité contractuelle : tantôt rejetée[828], tantôt critiquée[829], elle

---

[825] V. J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* n° 1069.

[826] V. sur ce lien qui est fait par la doctrine entre un contrat en tant que promesse et exécution forcée en nature V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, op. cit.,* n° 784 : « *Il semble exister une relation logique, impérieuse même, entre la promesse et l'exécution en nature. (…) En effet, rationnellement, il n'y a pas d'alternative : respecter sa promesse ne saurait se résoudre autrement qu'en adoptant le comportement promis. L'exécution en nature se révèle non seulement comme le dénouement logique de la promesse, mais elle constitue encore un droit pour le créancier* ». Également Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat,* BDP, T. 419, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 27 : La doctrine « *dans son ensemble reconnaît et approuve la primauté de cette sanction perçue comme le prolongement nécessaire de la force obligatoire du contrat* ». Pour les ouvrages de doctrine exprimant cette prépondérance de l'exécution forcée en nature

[827] C'est bien pour cela que Carbonnier, abordant l'étude de la théorie de la monnaie, parle du « *plus merveilleux outil de notre tradition juridique* » (V. *supra,* note 687).

[828] V. par exemple Ph. Le Tourneau, qui voit dans les dommages-intérêts un pur moyen d'exécution par équivalent, un moyen de paiement. Il rejette par la même la fonction de réparation d'un dommage causé par une faute qu'on leurs attribut parfois. Il écrit ainsi que « *toute inexécution d'un contrat ouvre une action en paiement par équivalent au créancier de l'obligation inexécutée* », *cf. Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz, 2010, n° 3205. Le rejet de la notion se retrouve par surcroît dans la structure de l'ouvrage, l'auteur n'utilise pas l'expression… Dans le même sens, D. Tallon, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, RTD civ.,* 1994, p. 223. Contra M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral, 2ème éd.,* Thémis droit, PUF, 2010, p. 620 : « *l'octroi de dommages-intérêts en cas d'inexécution n'est pas une forme*

reste dans la présentation classique une condition nécessaire à la sanction[830]. Et dans cette perspective, la « responsabilité contractuelle » du débiteur découle d'une faute contractuelle, la faute étant en l'espèce caractérisée par le manquement du débiteur aux obligations nées du contrat. Nous en revenons de la sorte à cette idée que l'inexécution est un fait contraire au droit[831]. Néanmoins il faut bien avoir à l'esprit que la conception que l'on se fait du contrat (le contrat est une promesse acceptée) influe nécessairement sur les sanctions que l'on privilégie (à tout le moins dans la présentation que l'on fait de la matière). Autrement dit, la « généalogie » de la règle *Pacta sunt servanda*[832] explique bien l'attachement doctrinal à la prépondérance de l'exécution forcée en nature. Toutefois, il faut largement relativiser la portée de cette sanction car dans bien des situations, le créancier est privé de son « droit » à l'exécution forcée en nature et doit se contenter de dommages-intérêts. C'est que l'exécution forcée implique la liberté du débiteur, en tant que personne (A). Aussi, le créancier devra se contenter d'une somme d'argent qui représente, par équivalant, l'intérêt d'exécution[833]. Dans ce dernier cas de figure, c'est bien le patrimoine du débiteur qui sera affecté à la satisfaction du créancier (B).

---

d'exécution (par équivalent), mais bien une réparation pour les conséquences de l'inexécution » ; V. encore J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil Les obligations, 3/ Le rapport d'obligation,* 7ème éd., Sirey, 2011, n° 172 : « *La responsabilité contractuelle n'est donc pas un « faux concept ». C'est un concept complexe, mais bien réel, et qui a sa place à côté de celui de responsabilité délictuelle* ».

[829] On songe ici au célèbre article de Ph. Rémy qui voit dans la « responsabilité contractuelle » un « faux concept ». V. *La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept, RTD civ.,* 1997, p. 323. L'auteur conclue comme suit : « *Je ne plaide donc pas pour le maintien de la distinction des deux responsabilités, ni pour la « tyrannie » d'un « parti pris dualiste », mais pour la distinction de la réparation et du payement forcé. Cette distinction respecte l'opposition classique du contrat et du délit mais abolit la distinction des « deux responsabilités » en faisant disparaître le faux concept de « responsabilité contractuelle ». Derrière la distinction traditionnelle des causes d'obligations, on perçoit mieux alors la dualité des principes premiers de l'ordre civil : exécuter les promesses, d'une part, et réparer les dommages injustement causés à autrui d'autre part. C'est à cette remise en ordre (en ordre naturel) qu'il faudrait s'essayer, me semble-t-il, plutôt qu'à l'effacement de la doctrine classique des sources d'obligations* », *cf.* n° 48.

[830] V. par exemple J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 1070 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 559 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral, 2ème éd.,* Thémis droit, PUF, 2010, p. 638 et s. ainsi que p. 678.

[831] Cette conception est ancienne. On songe particulièrement à Planiol qui définissait la faute comme le « *manquement à une obligation civile préexistante* », *cf. Traité élémentaire de droit civil, op. cit.,* T. 2, n° 863. On se rappellera aussi ce célèbre passage où il plaide pour l'unité de la notion de faute, V. *ibid.,* n° 877 : « *L'idée d'un dualisme en matière de faute est si bien entrée dans les esprits qu'un auteur récent a écrit que la distinction n'est « pas sérieusement contestable ». (…) si l'on prétend établir une différence spécifique entre les fautes au point de vue rationnel et doctrinal, la distinction communément admise n'est pas seulement contestable ; elle n'a ni sens ni raison d'être* ».

[832] V. le chap. 1 de Titre 2, *supra,* n° 240. - et s..

[833] C'est ce qu'exprime l'article 1150 du Code civil, limitant les dommages-intérêts au dommage « prévisible ».

A. La satisfaction du créancier et la personne du débiteur

298. - **Généralités.** Le contrat, en tant qu'acte juridique créateur d'obligations, s'inscrit dans une logique du lien, de l'asservissement d'une personne envers une autre : et le débiteur doit faire ce qu'il a promis. Dans le cas contraire, il y sera contraint. Telle est l'idée générale de l'exécution forcée, nous allons y revenir un peu plus en détail.

299. - **Notion.** Lorsque l'on parle d'exécution forcée en nature, il s'agit bien évidemment de forcer l'exécution de l'obligation. Or une obligation en nature peut être définie comme suit : « *par opposition à l'obligation pécuniaire, toute obligation de procurer au créancier la satisfaction même qu'il attend (autre qu'une somme d'argent)* »[834]. L'obligation en nature implique que le débiteur fasse quelque chose, ou au contraire qu'il s'abstienne ; cela se traduit juridiquement par la distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire. S'agissant des obligations de donner, il convient de rappeler les dispositions de l'article 1138 du Code civil[835] au terme duquel le transfert de propriété s'opère par l'échange des consentements[836]. Mais si « *ces obligations ne peuvent exister qu'en théorie et le temps d'un éclair* »[837], il découle de cette obligation de donner une obligation de livrer, laquelle est une obligation de faire. Revenons à l'essentiel, à savoir la question de l'exécution forcée en nature. Cette sanction implique de fait une contrainte, une coercition sur la personne du débiteur, et cette réaction du droit apparaît comme sensiblement violente. Quelques exemples puisés dans l'histoire permettent de s'en rendre compte.

300. - **Éléments historiques.** Les sociétés dites « primitives » se caractérisent par l'extrême violence dont use le droit à l'encontre des personnes n'ayant pas tenu leur parole. Le débiteur qui ne s'exécute pas va être vivement incité à respecter son engagement, car c'est

---

[834] *Cf.* G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* V°. Également J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* n° 925 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 267 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil Les obligations, 1/ L'acte juridique,* 14ème éd., Armand-Collin, 2004 ; M. Fabre-Magnan *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral, 2ème éd.,* Thémis droit, PUF, 2010, p. 620.

[835] Précisons que cette règle générale est spécialement prévue en matière de vente à l'article 1583.

[836] Le lecteur se reportera utilement à la publication d'un colloque organisé à Montpellier le 28 avril 1995 par le D.E.A de Droit Privé Fondamental et le laboratoire de Droit Privé. V. également J.-P. Chazal et S. Vincente, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil, RTD civ.,* 2000, p. 477.

[837] *Cf.* J. Carbonnier, *ibid.*

précisément son corps, sa personne qui est en gage[838]. Par exemple, en Égypte pharaonique, le créancier insatisfait pouvait encourager son débiteur à s'exécuter en le faisant battre[839]. Dans le droit romain primitif, de la même manière, « *le débiteur insolvable était réduit en esclavage et pouvait être tué ou vendu* »[840]. En somme, le droit des contrats apparaît comme particulièrement énergique… La distinction entre le droit pénal et le droit civil paraît moins marquée et *a priori*, on punit plus qu'on ne compense[841]. La même chose pourrait être dite à propos *nexum* du droit romain qui permettait au créancier (le créancier disposait de l'exécution dite « parée », soit sans jugement) d'enfermer son débiteur et de le faire travailler pour lui en tant qu'esclave[842]. On évoquera bien sûr ce qu'on a appelé en France la « contrainte par corps », et qui se traduisait finalement par l'enfermement du débiteur négligent. Cette technique d'incitation a été abandonnée en France en 1867, alors qu'elle s'exerçait déjà dans des conditions plutôt restrictives[843]. Puis les sanctions se sont adoucies[844]. L'évolution des mœurs et l'enjeu de « civilisation » nécessitait une violence moins intense, aussi est-on devenu plus clément à l'égard des débiteurs.

301. - L'exécution forcée en nature dans le droit contemporain. Aujourd'hui, l'exécution forcée en nature est possible uniquement s'agissant des obligations de donner (*dare*), en d'autres termes s'agissant du transfert de la propriété d'un bien. Mais, nous dira t-

[838] C'est ce qu'avait magistralement remarqué Nietzsche dans sa *Généalogie de la morale, cf.* 2ème dissertation, n° 5 : « *Pour inspirer de la confiance dans sa promesse de rembourser, pour donner une garantie du sérieux et du caractère sacré de sa promesse, pour graver dans sa mémoire le devoir de rembourser, le débiteur, en vertu d'un contrat, donne en gage au créancier, pour le cas où il ne payerait pas, un bien qu'il « possède », dont il dispose encore, par exemple son corps ou sa femme ou sa liberté ou même sa vie* ».

[839] V. A. Philip-Stephan, *Dire le droit en Égypte pharaonique, Contribution à l'étude des structures et mécanismes juridictionnels jusqu'au Nouvel Empire,* Ed. Safran, 2008, p. 16.

[840] *Cf.* Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.,* T. 2, n° 175.

[841] Peut être finalement que cette distinction n'est pas aussi évidente qu'elle n'en a l'air. En effet, on peut dire d'abord que la peine pénale n'a pas seulement pour fonction de punir, elle permet en un sens de compenser quelque chose. On peut donc légitimement voir en le criminel un débiteur (V. Nietzsche, *Généalogie de la morale, cf.* 2ème dissertation, n° 9). En sens inverse, on peut parfaitement voir dans la compensation une « *invitation et un droit à la cruauté* » (V. Nietzsche, *cf. ibid.,* n° 5), un moyen de punir offert au créancier qui prendra plaisir à voir (ou mieux, à faire) souffrir le débiteur.

[842] V. sur ce point les explications de MM. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil,* 1ère éd., Dalloz, 2002, n° 442.

[843] *Cf.* H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale,* Tome II., Vol. I, 9ème éd., Montchrestien, 1998, n° 938 et 939.

[844] V. les propos clairvoyant de Nietzsche à ce propos, *cf. ibid.,* n° 10 : « *A mesure que s'accroît sa puissance, une communauté accorde moins d'importance aux délits de ses membres, parce qu'ils lui semblent moins subversifs et moins dangereux qu'auparavant pour la survivance de l'ensemble* ». Nietzsche observe cela à propos du droit pénal mais la confusion entre l'ordre civil et l'ordre pénal dans les sociétés primitives s'explique très bien par ce même argument.

on, comment forcer quelque chose qui s'exécute par le seul échange des consentements ? C'est que l'obligation de donner la chose emporte celle de la livrer et que cette obligation de livrer est justement une obligation de faire. Et dans ce cas de figure, le forçage de l'exécution sera possible : la personne n'est pas privé de sa liberté, seulement d'un bien. C'est tout le problème des voies d'exécutions et des saisies en général, réaliser les termes du contrat. Le créancier dispose en conséquence d'une mesure dite d'appréhension, soit une « *procédure destinée à permettre l'exécution forcée de certaines obligations de faire, à savoir, d'une part, les obligations de livrer (ou délivrer), d'autre part les obligations de restituer. Ainsi, la voie de la saisie-appréhension est notamment ouverte à l'acquéreur d'un meuble corporel lorsque le vendeur ne livre pas celui-ci, ou au déposant lorsque le dépositaire ne restitue pas la chose déposée* »[845]. Il y a donc bien une violence (la violence est inhérente au droit), mais celle-ci n'est pas concentrée sur la personne, au contraire on fait violence en l'espèce au patrimoine, donc à un bien. L'expulsion semble être la dernière coercition de droit privé touchant à la personne du débiteur. Car « *l'obligation de partir d'un local indûment occupé est une obligation de faire* »[846] laquelle devrait être résolue en dommages-intérêts[847]. Mais « *ce serait imposer au propriétaire une situation de bailleur malgré lui* »[848], une telle solution serait difficilement tenable. Une exécution forcée directe est en l'espèce envisageable, c'est cela qu'on appelle l'expulsion, et on songe immédiatement à une violence exercée sur la personne. Pourtant, tel n'est pas le cas en pratique. Comme a pu l'enseigner le doyen Carbonnier : « *le plus souvent, l'expulsion, telle que la pratique l'a organisée, n'est pas une expulsion corporelle, c'est une expulsion par pression psychologique : l'huissier (...), met dehors le mobilier et les effets du débiteur (...) le postulat est que l'homme suit ses meubles* »[849]. Voilà qui renforce grandement l'idée d'un patrimoine mis en gage, plus qu'une personne. En d'autres termes, le lien juridique entre les personnes dissimule un lien entre des patrimoines.

---

[845] *Cf.* G. Couchez, *Voies d'exécution, op. cit.,* n° 205. V. dans une perspective plus globale, J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* n° 1288 ; encore H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale,* Tome II., Vol. I, 9ème éd., Montchrestien, 1998, n° 936 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 1109.

[846] *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 1289.

[847] V. *infra,* n° 302. -

[848] V. J. Carbonnier, *ibid.*

[849] *Cf.* J. Carbonnier, *ibid.* ; V. aussi G. Couchez, *Voies d'exécution, op. cit.,* n° 21 et s. ; également F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 1118.

B. La satisfaction du créancier et le patrimoine du débiteur

302. - Sens de l'article 1142 du Code civil. Il s'agit là d'une règle primordiale de notre droit civil des obligations. Cette disposition traduit un ancien adage, bien connu des juristes : *Nemo praecise potest cogi ad factum*[850]. Cela signifie que nul ne peut être contraint à faire quelque chose. On l'aura compris, l'idée sous jacente est que forcer quelqu'un à faire quelque chose qu'il ne veut pas implique une contrainte physique sur sa personne, à défaut, il s'exécutera mal. Il est par surcroît primordial de préserver la liberté du débiteur. De ce point de vue, il paraît plus judicieux de le contraindre financièrement, par l'octroie de dommages-intérêts ; cela permettra au créancier de faire réaliser la prestation par un autre au frais de son débiteur (si c'est possible). Voilà la présentation que l'on trouve traditionnellement dans les ouvrages de droit civil s'agissant de l'article 1142[851]. Quoiqu'il en soit, on trouve ici une justification à l'enseignement du doyen Carbonnier qui voyait en la monnaie le « *plus merveilleux outil de notre civilisation juridique* »[852] : l'argent constitue un équivalent particulièrement efficace en ce qu'il préserve l'intégrité physique des personnes, leur liberté[853], il permet finalement de tout compenser. Il s'agit donc bien de trouver un équilibre, de concilier les intérêts du créancier et ceux du débiteur. Si cette solution n'est pas totalement satisfaisante, elle apparaît clairement comme la « moins mauvaise ». Telle est la solution posée par l'article 1142. La jurisprudence semble avoir interprété cette règle de manière plutôt restrictive ce qui finalement se traduirait par un attachement des juges à l'exécution forcée en nature en tant que principe, le dispositif de l'article 1142 relèverait quant à lui du domaine de l'exception.

---

[850] Nous ne saurions ici rappeler (chauvinisme oblige) que c'est Antoine Favre, président du Sénat de Savoie, qui a formulé cette règle au 17ème siècle. Son origine est plus ancienne. V. à cet égard les explications de Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.,* n° 173. Les premières traces de ce dispositif figure dans le *Digeste* (Liv. XLII, Tit. 1, fr. 13, §1), on la trouve également chez Bartole, dans une formulation différente.

[851] Cette présentation est classique. Elle figure déjà chez Aubry et Rau, *Cours de droit civil français, op. cit.,* T. IV, §299, V. particulièrement p. 64, note 12 ; V. aussi Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.,* n° 173 ; ainsi qu' E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations, op. cit.,* p. 349 ; plus récemment, V. J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* n° 1288 ; H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale, op. cit.,* Tome II., Vol. I, n° 935 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil Les obligations, 3/ Le rapport d'obligation,* 7ème éd., Sirey, 2011, n° 162 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 1112 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.,* p. 620.

[852] V. *supra,* note 687.

[853] Car le châtiment corporel constitue lui aussi un équivalent, mais plus « cruel » et inenvisageable actuellement du fait de la « *moralité des mœurs* ».

303. - La jurisprudence de la Cour de cassation. La doctrine a tendance à voir dans la jurisprudence la gardienne du respect des promesses. Les magistrats interpréteraient l'article 1142 de manière restrictive, cela pour redonner à l'exécution forcée en nature sa primauté sur les autres sanctions[854]. Ainsi par une formule solennelle, les juges du droit ont reconnu « *la faculté à toute partie contractante de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible* »[855]. La doctrine civiliste majoritaire ne pouvait que se réjouir d'une telle position : l'exécution forcée en nature doit être la solution de principe et l'article 1142, lui, doit être relayé au rang de l'exception, voilà la présentation qui domine dans les ouvrages de droit des contrats[856].

304. - Interprétation doctrinale. L'attachement à l'idée de force obligatoire se ressent dans les commentaires qui ont été faits de la décision dont le dispositif ci-dessus rapporté. Les faits étaient les suivants : une société cède à une autre société les droits relatifs à l'exploitation d'une œuvre, « *s'interdisant, pendant la durée du contrat, de publier ou de laisser publier cet ouvrage dans une collection à grande diffusion dont le prix de vente ne serait pas au moins deux fois et demi supérieur* »[857] à celui proposé par le cessionnaire. Malgré l'interdiction, le cédant a publié l'ouvrage sans respecter la proportion de prix stipulée. Dès lors, le cessionnaire intente une action en référé visant l' « *interdiction, sous astreinte de la poursuite des actes de commercialisation et en retrait de la vente des*

---

[854] Une telle solution contredirait une position de principe antérieure : par un arrêt en date du 30 juin 1965 (*cf.* Cass. 1ère civ., 30 juin 1965, *Bull. civ.,* I, n° 437) la Cour de cassation avait reconnu aux juges du fond le pouvoir de choisir entre les différentes sanctions. V. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.,* p. 621.

[855] Cass. 1ère civ., 16 janvier 2007, n° 06-13983 ; *RTD civ.,* 2007, p. 342, obs. J. Mestres et B. Fages ; *D.* 2007, p. 1119, note Olivier Gout ; *D.* 2007, p. 2966, note S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson.

[856] A propos de ce cas d'espèce, M. Fabre-Magnan soutient que « *la solution est opportune et elle est reprise par les avant-projets de réforme du droit des contrats. L'exécution en nature donne toute sa force à l'obligation d'exécuter ses obligations et elle a le grand mérite d'écarter les récentes théories prétendant que l'allocation de dommages-intérêts serait équivalente à une exécution en nature* », *cf. Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.,* p. 623. Plus généralement sur la nécessité de réduire la portée de l'article 1142, V. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations,* 12ème éd., LexisNexis, 2012, n° 855 : « *Fort heureusement, ce principe est loin d'avoir une portée absolue ; sinon le débiteur pourrait, par sa seule inertie, transformer ses obligations en nature en obligations de sommes d'argent, ce qui serait inadmissible* » ; MM. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, critiquent le fait que l'article 1142 a une portée « considérable » et par la même, ils défendent la primauté de l'exécution en nature : « *En définitive, il apparaît que le principe de l'article 1142 a une portée considérable. Sauf le cas de l'obligation de livrer, l'exécution forcée en nature des obligations de faire ou de ne pas faire se révèle le plus souvent impossible ou inefficace. Il va de soi que ce résultat n'est pas satisfaisant : il consacre, le plus souvent, un échec de la force obligatoire du contrat en ce que le créancier est privé de la prestation due et doit se contenter de dommages-intérêts* », V. *Droit civil Les obligations, 3/ Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 163.

[857] Selon les termes de l'arrêt.

exemplaires mis sur le marché »[858]. La Cour d'appel de Paris, par un arrêt infirmatif, va débouter le cessionnaire de ses demandes en se fondant sur l'article 1142 du Code civil et en jugeant que le demandeur n'avait droit qu'à des dommages-intérêts s'agissant d'une obligation de ne pas faire. La Haute juridiction censure cette décision par un arrêt de principe au visa des articles 1134 et 1142 du Code civil, et le dispositif[859] a majoritairement été interprété par la doctrine comme volonté des juges du droit de redonner au principe de force obligatoire et à l'exécution forcée en nature son rang de sanction de principe[860]. Et plus important peut-être, la doctrine soutient avec ferveur une telle solution[861], conforme à l'esprit du système civiliste. En somme, les auteurs se rattachent volontiers au raisonnement proposé par la Cour de cassation[862], raisonnement au terme duquel l'exécution en nature doit être privilégiée par les juges du fond lorsqu'elle est possible lorsqu'elle est possible. Même s'il

[858] *Idem.*

[859] « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'en sollicitant le prononcé d'une mesure visant à interdire, sous astreinte, la poursuite des actes de commercialisation entrepris par la société Michel Lafon en méconnaissance de ses engagements, la société LGF n'avait fait qu'user de la faculté reconnue à toute partie contractante de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible, de sorte que le prononcé d'une telle mesure, en ce qu'elle tendait à l'exécution forcée de la convention, relevait des pouvoirs du juge du fond, la cour d'appel a violé par fausse application l'article 1142 du code civil et par refus d'application les autres textes* ».

[860] V. par exemple O. Gout, *D.* 2007, p. 2966, n° 9 : « *Puisque l'exécution en nature doit prévaloir dès que cela est possible, pour reprendre la formule de la Cour de cassation, on revient à la question de savoir pourquoi l'article 1142 du code civil pose la solution contraire. On s'accorde, en général, à considérer que les rédacteurs du code civil ont voulu retranscrire la maxime Nemo praecise cogi potest ad factum (...) Personne ne contestera le fait que l'obligation doit céder le pas devant l'impossibilité d'exécution, car s'obliger n'est pas s'aliéner. Mais il ne s'agit là que d'exceptions et on ne peut s'empêcher de considérer que l'article 1142 du code civil a, en réalité, été vidé de sa substance* » ; dans le même esprit, MM. J. Mestres et B. Fages ; écrivent que les termes de l'article 1142 sont « *aujourd'hui dépassés* », V. *D.* 2007, p. 1119.

[861] En ce sens, S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson : « *Critiquée par certains, l'exécution forcée en nature est défendue par un puissant courant doctrinal qui convoque à cet égard le principe de la force obligatoire du contrat (...) Le 16 janvier 2007, la Haute juridiction confirme la solution classique française à propos d'une obligation de ne pas faire (ne pas publier un ouvrage dont le droit d'exploitation avait été cédé) (...)La solution mérite l'approbation : il eut été assez paradoxal, après avoir affirmé le principe de l'exécution forcée en nature, de priver le juge des moyens de l'ordonner* », *cf. D.* 2007, p. 2966 ; V. aussi O. Gout, *précit.,* n° 6 : « *L'arrêt est donc rédigé pour marquer les esprits et ne laisser planer aucun doute quant au sens à donner à l'article 1142 du code civil. La solution mérite d'être approuvée car elle favorise l'efficacité de la sanction et l'effectivité contractuelle, c'est-à-dire le respect de la parole donnée* ».

[862] Et nécessairement, ces mêmes auteurs condamnent l'argumentaire élaboré par la Cour d'appel.

n'est pas visé[863], c'est l'article 1184 al 2 du Code civil qui paraît sous-tendre le raisonnement des juges du droit[864].

305. - Discussion à propos de cette solution. Il nous semble que les commentaires ci-dessus rapportés occultent un élément crucial dans cette affaire. Cela parce que ils s'orientent tous dans une même direction : souligner que dans le cas qui lui est soumis, la Cour de cassation consacre avec force le respect de la parole donnée[865]. La logique juridique pouvant ainsi s'accorder avec une règle morale : lorsque cela est possible, il faut obliger le débiteur à faire ce qu'il a promis de faire, il faut donner au créancier ce à quoi il a droit. Mais on oublie trop souvent de rappeler que la condamnation vise à « *interdire, sous astreinte, la poursuite des actes de commercialisation entrepris* ». Quid des exemplaires déjà mis sur le marché par le cédant[866] ? Comment peut-on occulter cet élément ? Comment ne pas rappeler que dans ce cas d'espèce, les juges du droit ne pourront jamais obliger le débiteur à tenir parole. Le débiteur s'est engagé à ne pas mettre l'ouvrage sur le marché, pourtant, il l'a fait. Il n'est donc plus possible d'effacer les conséquences déjà acquises : en particulier la concurrence faite au cessionnaire pendant des mois alors même que cette concurrence n'aurait pas eu lieu si le cédant avait tenu parole. Il est donc très bien de l'obliger à retirer les exemplaires restant, mais que fera t-on pour ceux qui ont déjà été vendu ? Le principe de réalité ici, l'emporte et il faut se résigner à l'idée que certaines choses ne peuvent être défaites. Or deux explications nous viennent à l'esprit : soit c'est un « coup de poker » tenté par le cédant, auquel cas il a perdu ; soit (et nous avons tendance à croire en cette version), il s'agit d'un « calcul » d'ordre économique, une faute lucrative en quelque sorte. Mais les faits à disposition ne nous permettent pas d'apporter sur ce point une réponse sûre.

---

[863] Pourtant, une solution similaire avait été rendue sur le fondement de l'article 1184 al. 2. V. Cass. Com., 3 décembre 1985, *Bull. civ.,* IV, n° 286, *RTD civ* 1986.745, obs. Mestre. Il s'agissait en l'espèce d'une condamnation sous astreinte au paiement d'une somme d'argent.

[864] En ce sens, J. Mestres et B. Fages, *précit.,* : « *L'enseignement est donc particulièrement clair : même s'il n'est pas lui-même visé, l'article 1184, alinéa 2 du code civil est bien au cœur de la décision rendue en ce qu'il ouvre au créancier la possibilité de forcer le débiteur à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible* ».

[865] Ainsi, MM. J. Mestres et B. Fages parlent d'un « *combat pour le respect du contrat* », V. *D.* 2007, p. 1119. La terminologie utilisée est très significative : on va combattre, on lutte, on part en guerre lorsque que la cause est légitime. Donc l'emploie d'une telle expression doit être interprété comme donnant au respect des promesses une grande valeur morale, un sens très digne.

[866] Il faut en effet rappeler que l'attendu de cet arrêt contient une autre proposition : le cédant est assigné « *en référé en interdiction, sous astreinte de la poursuite des actes de commercialisation* ***et en retrait de la vente des exemplaires mis sur le marché*** ».

306. - Noblesse ou cruauté du droit ? Derrière toutes considérations se dissimule quelque chose de fondamental. Beaucoup se plaisent à croire que le droit est une baguette magique qui permet de faire de la faute (ou de l'inexécution) et du dommage (qui résulte également de l'inexécution) un « mauvais rêve » pour le créancier, qui a son réveil retrouvera le statu *quo ante*. La recherche de cet idéal innerve tout le droit de la responsabilité. On songe particulièrement à la matière extracontractuelle où il est souvent bien difficile d'atteindre cet objectif. Mais comme nous l'avons vu, il en va de même s'agissant du respect de la parole donnée : il est tout aussi difficile d'effacer toutes les conséquences d'une inexécution contractuelle. Le patrimoine apparaît ainsi comme le moyen le plus à même de rétablir l'équilibre rompu ; et surtout, tout peut être converti en argent[867], en monnaie sonnante et trébuchante. Là est la force de cet outil. Ce qui à nos yeux pose problème lors de l'analyse des sanctions d'inexécution, c'est que l'exécution par équivalent est présentée comme hiérarchiquement inférieure[868], comme une sanction de dernier recours. Parallèlement, l'exécution en nature est dépeinte comme la réaction la plus évidente, la « vraie » réaction, la plus idoine. Les dommages-intérêts apparaissent dans cette conception comme le reflet de la cruauté du droit ; cruauté envers le créancier qui a fait confiance et qui, à cause d'un parjure, ne pourra se voir pleinement satisfait. C'est contre cette présentation que nous plaidons maintenant. Carbonnier a raison de dire que la monnaie est le plus merveilleux outil juridique de notre civilisation. Parce que grâce à la monnaie, la violence du droit n'est plus concentrée sur la personne du débiteur, mais sur son patrimoine, sur une valeur. L'année 1867[869] marque à cet égard le passage de la violence sur l' « être » à la violence sur l' « avoir » ; le droit s'est adouci. Finalement, les dommages-intérêts sont peut être les témoins de la noblesse du droit : tenir compte des intérêts du débiteur (même s'il est en faute), concilier sa liberté avec les attentes légitimes du créancier. Le droit est une balance, voilà sa vraie fonction : « *établir des prix, mesurer des valeurs, inventer des équivalences* »[870]. L'argent devient en droit la mesure de toutes choses, il peut tout compenser.

---

[867] Carbonnier a pu s'interroger sur ce « *pouvoir unique de doubler toutes choses, comme l'ombre double les corps* », V. *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 671.

[868] Les commentaires qui sont faits de l'arrêt du 16 janvier 2007 en sont la preuve.

[869] V. *supra,* n° 301. -

[870] La formule est de F. Nietzsche (V. *La généalogie de la morale, op. cit.,* n° 8), mais elle convenait parfaitement pour notre démonstration…

307. - Conclusion du second chapitre. La notion de patrimoine constitue le point de jonction le plus révélateur entre le droit des biens et le droit des obligations. La parole donnée en gage va de paire avec un mécanisme qui la complète : à savoir la mise en gage du patrimoine. Dès lors, entrer au sein d'une relation contractuelle crée un lien entre des personnes, mais également entre des patrimoines. Et c'est parce que précisément le patrimoine à une valeur pécuniaire, qu'il peut s'exprimer en monnaie qu'il intéresse tant le droit. En effet, le patrimoine va agir comme un bouclier, ou une éponge qui subira la violence du droit en se substituant à la personne du débiteur. Et l'idée d'un lien entre des patrimoines trouve dans les règles civilistes de nombreux arguments en sa faveur : on a vu par exemple les mesures de « protection »[871] offertes au créancier pour protéger, conserver la substance de son gage[872]. Par surcroît, les conséquences de l'inexécution sont très souvent irréversible, à l'instar du constat qui est fait en matière extracontractuelle, et les dommages-intérêts constituent alors le seul remède envisageable. Enfin, même s'il est question de forcer, de contraindre le débiteur à tenir promesse, c'est toujours par une pression financière, l'astreinte, que cela se fera. Eu égard à tous ce qui vient d'être dit, l'idée que par le contrat, on met en gage son patrimoine nous paraît fondée, et surtout, en harmonie avec le projet global de cette recherche.

308. - Conclusion de titre. Le droit civil des contrats fonctionne selon une logique de l'engagement, et nous avons vérifié l'assertion sous deux angles. D'abord, la notion de contrat repose conceptuellement sur le modèle de la promesse, de l'Alliance ou en d'autres termes sur le respect de la parole donnée. De ce point de vue, le droit des contrats est bel et bien innervé par une logique de l'engagement ; par le contrat, je mets en gage ma parole. C'est le principe dit de force obligatoire des conventions, consacré par l'article 1134 du Code civil. Mais les rédacteurs de ce dernier, bien conscients des faiblesses qui font les hommes, notamment en ce qui concerne la fidélité à la parole donnée, ont doté la règle de l'article 1134 d'un mécanisme extrêmement efficace sur le plan pratique, son « bras armé », en quelque sorte : mécanisme

[871] Précisons que s'il est bien question de protéger le créancier contre l'insolvabilité du débiteur, les rédacteurs du Code civil n'en oubliaient pas moins les nécessités de l'économie. Et ces règles juridiques apparaissent également comme ayant pour but de favoriser les échanges sur le marché, le droit de gage général contient cette fonction de générer la confiance, et donc le crédit. On retrouve de la sorte l'éternel problème du droit qui ne peut faire abstraction des enjeux économique, comme nous l'avons observé s'agissant du droit de la consommation, V. *supra,* n° 90. - et s.

[872] Il s'agit bien sûr du droit de gage général institué par l'article 2284 du Code civil et des actions qui s'y rattachent (action oblique et action paulienne).

qui fait que par le contrat, le débiteur qui s'oblige met, en plus de sa parole, son patrimoine en gage. Et le droit civil des contrats apparaît ici aussi comme un droit de l'engagement.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

309. - Droit des contrats de consommation ou droit du désengagement. L'hypothèse posée en tout début de partie invitait à voir dans le droit des contrats une tension, c'est ce que nous devions contrôler. Pour ce faire, il a été vu dans le premier titre que **le droit de la consommation trouvait sa quintessence en l'idée d'un droit du désengagement ; il est un droit du désengagement**. En effet, tous les dispositifs issus de cette branche du droit mettent en lumière une faculté pour le consommateur de se désengager[873]. Le second temps de la réflexion proposait une approche historique de la société de consommation. Cela parce que nous défendons l'idée que **le droit de la consommation est le droit de la société de consommation**. Autrement dit, le droit de la consommation est un ensemble de règle qui a émergé pour accompagner la naissance et le développement de la société de consommation. Dès lors, nous avons affirmé que le droit de se désengager était lié à la société de consommation, c'est donc par son histoire que ce mécanisme s'explique[874].

310. - Droit civil des contrats ou droit de l'engagement. A l'inverse, l'analyse du droit civil des contrats donne à voir des règles qui gravitent autour de l'engagement. Du point de vue symbolique, la notion de contrat repose sur le modèle de la promesse, laquelle doit être respectée. Le contrat s'appuie de la sorte sur la règle *pacta sunt servanda*, le contrat doit être respecté ; la règle siège à l'article 1134 du Code civil. Sous cet angle, **le contrat dans la logique civiliste traduit l'idée que l'on met en gage sa parole**. La question qui se posait alors était la suivante : comment faire respecter les conventions ? Car la règle *pacta sunt servanda* ne répond pas directement à cette question. La doctrine française tend à voir dans l'exécution forcée en nature (le forçage de la promesse) la sanction de principe, la plus

[873] La présentation de ces dispositifs a fait l'objet du premier chapitre du premier titre. Nous avons observé à cet égard le flou qui caractérise la terminologie, en général : « droit de se rétracter », « faculté de revenir sur son engagement »… Se retrouve ainsi à chaque fois cette possibilité pour le consommateur de changer d'avis.

[874] Nous proposerons une « reconstruction » du droit de se désengager à l'aune de son histoire, ce dans le titre deux de la seconde partie.

logique, celle la plus à même de satisfaire le créancier. Mais nous avons vu que se contenter de cette analyse n'était pas satisfaisant. Car la noblesse du droit tient justement à ce qu'il prend largement en compte les intérêts du débiteur. **Ainsi, c'est surtout par son patrimoine et plus que par sa personne que le débiteur est contractuellement lié au créancier**. Tel est le sens de l'article 2284 du Code civil qui institue le droit de gage général. Ainsi donc pour un civiliste, par le contrat, je mets ma parole et mon patrimoine en gage, je m' « en-gage », et en conséquence, on peut affirmer que **le droit civil des contrats constitue un droit de l'engagement**.

311. - Une tension au sein du droit des contrats. Tout a été dit, et il ne reste plus qu'à confronter les conclusions qui ont été faites dans chacun des deux titres pour voir émerger une tension au sein du droit des contrats. En effet, d'un côté nous avons un droit de la consommation qui aménage un droit du désengagement contractuel et de l'autre, le droit civil qui conçoit le droit des contrats comme devant protéger l'engagement. Ce sont donc des logiques antagonistes qui innervent ces deux paradigmes du droit des contrats. Nous en revenons ainsi à l'idée d'une « *force qui agît de manière à écarter, à séparer les parties constitutives d'un corps* » et ce corps, c'est le droit des contrats. La première partie de ce travail est maintenant accomplie, il s'agissait de démontrer l'existence d'une tension au sein du droit des contrats, l'objectif est atteint. Mais c'est une autre tâche, plus rude sans doute, qui nous attend. Il s'agit évidemment d'analyser cette tension, ou plus exactement savoir ce que l'on va en faire.

PARTIE 2

LA RECEPTION DOCTRINALE DE LA TENSION ENTRE L'ENGAGEMENT CONTRACTUEL CIVILISTE ET LE DESENGAGEMENT CONTRACTUEL CONSUMÉRISTE

312. - Position du problème. Telles que nous les avons décrites[875], les règles qui régissent les contrats de consommation forment opposition, au plan conceptuel, à celles qui nous sont données à voir dans le droit civil des contrats. Les premières prescrivent à la faveur du consommateur un droit de se changer d'avis, de se « désengager », les secondes orchestrent un droit de l' « engagement ». Articuler ces deux paradigmes pose donc *a priori* de sérieuses difficultés. Or une telle articulation s'impose à partir du moment où le droit des contrats doit présenter une certaine unité, en dépit des distinctions qui prennent place en son sein. Le principe de cette unité est précisément dans la figure du contrat. Que l'on parle de droit du contrat ou de droit des contrats, ceci implique une intelligibilité globale de la matière autour du concept contractuel, une correspondance ou un dialogue entre les différents régimes spécifiques ; tout ce qui fait qu'il est légitime de parler de théorie générale du contrat.

313. - Rappels et plan d'étude. Nous avons essayé de rester le plus près possible du droit positif dans la présentation des règles significatives deux paradigmes en cause, et de tenir le pari de la « neutralité axiologique » de l'observateur[876]. Autrement dit, nous avons cherché à tenir à distance les considérations idéologiques liées à la question du désengagement contractuel pour nous concentrer sur ce qui résulte de l'application de chacun de ces paradigmes : en droit civil, nous avons un modèle dans lequel l'accord de volonté forme le contrat et oblige les parties à l'exécution de la promesse. En droit de la consommation, la faculté de se désengager offerte au consommateur après la formation du contrat suggère un modèle différent et pour partie contradictoire. En somme, le moment où il n'est plus possible de revenir sur son engagement n'est pas le même si l'on applique le modèle civiliste du droit des contrats ou le modèle consumériste du droit des contrats, d'où une tension des modèles. Précisons maintenant les éléments qui vont être développés dans cette seconde partie, consacrée à la réception de cette tension au sein du droit des contrats. Nous nous tournons vers l'autorité qui a la charge d'organiser la réception des phénomènes

[875] Le terme revêt une importance particulière. Cela parce que nous avons essayé de rester le plus « neutre » possible dans la présentation de ces deux paradigmes que sont le droit civil des contrats et le droit des contrats de consommation. Autrement dit, nous avons tenté de tenir à distance les considérations théoriques liées à la question du désengagement contractuel pour nous concentrer sur ce qui résulterait de l'application de chacun de ces paradigmes : en droit civil, l'accord de volonté forme par principe le contrat et oblige les parties à l'exécution de la promesse. En droit de la consommation, la faculté de se désengager offerte au consommateur après la formation du contrat contredit ce schéma. En somme, le moment où il n'est plus possible de revenir sur son engagement n'est pas le même si l'on applique le droit civil des contrats ou le droit des contrats de consommation, d'où une tension. V. malgré notre volonté de neutralité dans la description les développements consacrés à la neutralité scientifique, *infra,* n° 434. - et s.

[876] V. Max Weber, *Le savant et le politique,* La découverte, Poche, Préf., trad. et notes C. Collio-Thélène.

juridiques ou de médiatiser ceux-ci afin de les rendre intelligibles. La première question qui doit retenir notre attention est donc la suivante : comment donc la doctrine rend t-elle compte de cette tension ? En des termes différents, quelle place cette dernière donne t-elle au désengagement au sein de sa réflexion sur le droit des contrats ? A cet égard, nous formulons l'hypothèse suivante : la doctrine a tendance à occulter cette tension au sein du droit des contrats, à ne pas en rendre pleinement compte ou à en réduire la portée. Ainsi la doctrine fait-elle d'une position unitaire en la matière qui tient à l'apaisement des potentiels conflits théoriques en droit des contrats (Titre 1). La question suivante est de savoir jusqu'à quel point cette position demeure légitime. Si le phénomène contractuel en droit civil et en droit de la consommation présente des oppositions ou des contradictions massives, ne faut-il pas en rendre compte pleinement ? Il devient important de s'interroger sur les raisons qui font que la doctrine ne rend pas compte de cette tension. C'est avec ces éléments à l'esprit que nous tacherons de dégager les éléments d'une critique de la position doctrinale en la matière (Titre 2).

TITRE 1

L'UNITÉ DE LA RÉCEPTION DOCTRINALE

314. - Problèmes et plan. Telle est la conjecture que nous posons : la doctrine occulte la tension qui s'établit entre le droit de l'engagement qui caractérise le droit civil et le droit du désengagement qui donne au droit de la consommation sa teneur. Le premier objectif qui se dessine consiste ainsi à rapporter les développements doctrinaux consacrés au droit des contrats et à regarder ce que les auteurs disent s'agissant du désengagement. L'opposition, l'authentique contradiction que nous avons décelée dans la première partie de ce travail devrait se retrouver dans la présentation qui est faite par les auteurs du droit des contrats. Une présentation qui entend précisément restituer l'unité minimale de la matière et les grandes tendances qui la traversent. Finalement, notre tâche consiste à éplucher les manuels, traités et articles[878] consacrés au droit des contrats et qui abordent la question du désengagement. Or, cette investigation nous a amené à penser que le travail doctrinal avait pour conséquence d'occulter cette tension. . Il est crucial de comprendre que cette occultation ne procède certainement pas d'un dessein conscient de la part des auteurs, ou bien, quand bien même on pourrait le relever chez certains d'entre eux, ce n'est pas le problème. Nous nous attacherons plutôt à montrer que ce phénomène d'occultation procède du propos doctrinal lui-même. L'organisation et la présentation doctrinales du droit des contrats enveloppent les tensions du droit positif dans le cours de son entreprise de rationalisation de la matière. L'idée de ce que les positions dominantes de la doctrine conduisent parfois à une occultation n'est pas neuve. On en connaît des exemples fameux en droit des contrats[879] et en droit de la responsabilité[880]. Nous poursuivons ici un objectif comparable : indiquer une forme d'incompatibilité entre une lecture possible du droit positif et une lecture associée au projet doctrinal. A cet égard, nous proposons de distinguer deux points. D'une part, la doctrine occulte « matériellement" la tension que nous avons tenté d'indiquer, en enveloppant dans son oeuvre de mise en forme du droit des contrats la question du désengagement et en insistant sur l'idée que ce dernier

[878] Car c'est à travers eux que la doctrine s'exprime « officiellement ». Nous reviendrons plus tard sur la question des supports des travaux doctrinaux, V. *infra,* n°446. -

[879] Georges Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris.

[880] Philippe Rémy « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », RTD Civ. 1997.323.

gravite autour de l'idée d'engagement[881] (Chapitre 1). D'autre part, on peut observer, dans le travail doctrinal, une tendance à déplacer le problème à l'abord des questions de fond. La tension que nous évoquons est sous-entendue mais jamais explicitée. Au moment d'expliquer et de justifier les dispositifs du « désengagement contractuel » qu'il faut bien traiter, ou sur la question de savoir quelle est la nature du mécanisme en cause , la doctrine ne formule à aucun moment l'idée que notre droit des contrats est innervé par des courants contradictoires. Le propos est pris dans la nécessité d'assurer l'unité de la présentation du droit des contrats. En ce sens, nous dirons que le travail doctrinal occulte « intellectuellement » le phénomène de tension entre l'engagement contractuel civiliste et le désengagement contractuel consumériste (Chapitre 2).

[881] L'occultation se fait donc quantitativement : la masse des développements consacrée à l'idée d'engagement contractuel induit le lecteur à voir dans le désengagement un phénomène en marge, un phénomène exceptionnel.

CHAPITRE 1

L'OCCULTATION MATÉRIELLE

315. - Idée générale, plan. Nous pourrions sans doute formuler le problème en les termes suivants : dans les ouvrages consacrés au droit civil, c'est-à-dire au lieu du siège de la théorie générale des contrats, le désengagement contractuel est occulté. En conséquence, la tension que nous avons mise en lumière n'est pas apparente, elle demeure cachée, au secret, si l'on peut dire. Dans les livres de droit civil, le désengagement est « dissimulé » entre les nombreuses pages décrivant le droit des contrats comme un droit de l'engagement. Au contraire les ouvrages consacrés au droit de la consommation donnent à voir[882] un droit des contrats répondant à une logique de désengagement contractuel. En somme s'il existe une tension au sein du droit des contrats et elle reste curieusement enfouie dans les travaux de la doctrine[883]. Voilà ce que nous tâcherons de montrer dans les lignes qui suivent. Nous commencerons par les ouvrages consacrés à la théorie générale du contrat (section 1), nous poursuivrons avec ceux qui présentent le droit de la consommation (section 2).

[882] Car les auteurs ne le disent jamais vraiment !

[883] Il faut d'ailleurs entendre par « occulte » ce qui est secret, caché, mais en tous les cas réel. Occulter cette tension ne signifie en rien qu'elle est un mythe, une fiction. V. en ce sens la définition qu'en propose G. Cornu dans son *Vocabulaire juridique, op. cit.* V° : « *Caché, secret (par opposition à apparent), mais réel (par opposition à fictif* ».

Section 1
La dissimulation du désengagement dans les ouvrages consacrés à la théorie générale du contrat

316. - Avant de commencer. Nous avons montré comment et pourquoi le droit civil des contrats s'était construit autour de l'idée d'un droit de l'engagement[884]. Cela étant rappelé, il nous faut préciser que les ouvrages consacrés à la matière n'ignorent plus le phénomène du désengagement[885], celui-ci s'étant développé de manière exponentielle. Mais c'est tout là le problème : très habilement, la doctrine évoque les mécanismes les plus importants en la matière (obligations d'information, clauses abusives, rétractation) mais de manière à ne pas perturber la présentation ou la construction de la théorie générale. Si bien que ce que nous avons appelé le « désengagement » se retrouve souvent en marge de développements principaux, comme dissimulé dans les recoins des ouvrages (le lecteur trouvera dans les paragraphes qui suivent des éléments susceptibles de le convaincre).

317. - Premières vues. Le terme désengagement, qui nous a semblé pertinent pour désigner l'ensembles des dispositifs qui permettent à une partie de revenir sur son engagement contractuel tombe sous le coup de ce que les auteurs appellent traditionnellement les « droits de rétractation » ou encore les « droits de repentir »[886]. Nous commençons par l'ouvrage de droit civil de J. Carbonnier. Les deux expressions figurent dans l'index et

[884] V. *supra,* n° 246 et s.

[885] Il semble que ce constat légitime notre choix de confronter la théorie générale au droit de la consommation. C'est en effet probablement à ce dernier (nous pourrions peut-être ajouter le droit commercial) que les auteurs consacrent le plus de développements dans leurs travaux consacrés au droit civil. En guise d'illustration, le lecteur se reportera utilement au traité de J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 917 et 921. L'auteur, alors qu'il introduit le thème des « obligations », commence par évoquer le droit civil. Et c'est ensuite le droit de la consommation qui est cité en exemple pour mettre en lumière cette « *dissociation du droit privé des obligations* ». En somme, il y a un intérêt particulier à mettre en perspective le droit de la consommation avec le droit civil…

[886] Nous reviendrons plus en détail sur les questions de terminologie utilisée pour désigner le phénomène du désengagement, V. *infra,* n°357. - et s.

renvoient aux mêmes numéros, ce qui confirme *a priori* l'idée qu'elles concernent un même phénomène. Les numéros en question se suivent[887] et figurent dans un titre consacré aux « effets du contrat »[888]. Plus précisément encore, ces développements figurent dans un sous-titre consacré à l'exécution. Cela ne peut qu'étonner au premier abord : la question du désengagement contractuel est abordée dans le cadre d'une réflexion sur l'exécution du contrat[889]. Quoiqu'il en soit, le phénomène du désengagement est occulté au sens propre du terme : l'auteur commence par expliquer que l'exécution du contrat est une matière « *dominée par l'article 1134, texte célèbre qui, dans ses trois alinéas, consacre trois principes : la force obligatoire du contrat, son irrévocabilité, la maxime de la bonne foi* »[890]. A ce stade, difficile d'imaginer qu'il sera question de « désengagement ». Mais continuons, après avoir en des termes forts décrit les contours d'un droit de l'engagement et présenté le grand principe de la force obligatoire, J. Carbonnier traite de l'irrévocabilité des conventions et c'est là que l'on trouve les premières traces de l'idée de « désengagement ». Encore une fois, la structure du texte ne laisse que peu de doutes quant au fait que la doctrine occulte le désengagement. En effet, la première idée sur laquelle l'auteur insiste est la suivante : « *la volonté unilatérale de l'un des contractants ne peut mettre fin au contrat* »[891]. Autrement dit, le droit des contrats est présenté comme un droit qui protège l'engagement. C'est seulement après avoir expliqué cela qu'est évoqué le désengagement. Par surcroît, ce dernier appartiendrait au champ de l'exception : « *Par exception, cependant, il arrive que les engagements pris ne soient pas définitifs tout de suite, et que, dans une première période, plus ou moins brève, chacun des parties, ou l'une d'entre elles, quoiqu'elle soit déjà entrée dans le contrat, puisse y renoncer* »[892]. L'effet produit est saisissant : le droit des contrats apparaît comme un droit de l'engagement, fondé sur le principe de force obligatoire des conventions et ce n'est que par exception que le droit des contrats institue une faculté de se désengager. « Par exception » ; tout se passe comme si le désengagement était, en droit des contrats, quelque chose d'anormal, un phénomène de marge sur lequel le droit des contrats ne saurait s'appuyer. Il y a

[887] *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 1029 et 1030.

[888] En rappelant que le premier du livre est consacré à la « formation des contrats », comme il est d'usage de le faire.

[889] Le doyen Carbonnier analysant à part la question de « l'exécution » et celle de « l'inexécution » (V. *précit,* n° 1028 : « *Ainsi compris, les effets du contrat s'ordonnent autour de deux destinées possibles : exécution ou inexécution* »). Or il aurait sans doute été plus logique d'arrimer la question du désengagement à l'inexécution du contrat, puisque c'est précisément de cela dont il s'agit.

[890] *Ibid.,* n° 1029.

[891] *Cf. Ibid.*

[892] *Ibid.*

donc bel et bien « occultation » au sens propre du terme. Le doyen Carbonnier ici « cache » le désengagement à l'intérieur d'une réflexion plus large et plus profonde sur l'engagement contractuel. Précisons également que pour illustrer ces « exceptions », l'auteur cite évidemment les lois de protection des consommateurs, les plus significatives en la matière. Donc à ce stade, retenons que l'occultation résulte premièrement du peu de développements consacrés à l'idée de désengagement par rapport à ceux qui présentent (et qui souvent font l'éloge) de l'idée d'un droit de l'engagement. Secondement (mais le constat n'est qu'une conséquence de celui qui précède), l'ordre de présentation est toujours le même : le droit des contrats est d'abord (un juriste dirait par principe) un droit de l'engagement ; et ce n'est qu'une fois cette idée posée qu'on peut évoquer l'idée de désengagement (car il est l'exception en la matière).

318. - Autre indice. L'ouvrage du doyen Carbonnier apporte quelques compléments sur la question du désengagement dans la fameuse rubrique « *états des questions* ». On retrouve la hiérarchie instaurée dans le corps de la réflexion : ce sont les derniers mots de l'introduction de ce sous-titre qui sont consacrés au désengagement, aux « *droits de repentir* » pour reprendre la terminologie employée par l'auteur. Le propos commence par ces mots : « *Le développement du jus poenitendi au Bas-Empire a intrigué les historiens, qui l'ont mis en corrélation avec l'instabilité économique et l'insécurité sociale de ces siècles-là* »[893]. Le propos conforte l'idée que la possibilité de se désengager relève de l'anormal, et donc il intrigue… Pour en revenir à la démonstration d'une occultation au sens propre, contentons nous de souligner le fait que le paragraphe le plus clair et le plus riche sur la question du désengagement figure dans cette fameuse rubrique, dont les caractères sont plus petits et donc censé aborder des questions qui ne relèvent pas de l'essentiel[894]. Mais il est difficile

[893] *cf. ibid.,* n° 1030, II. La suite du propos nous paraît encore plus importante : « *Peut-être faut-il y voir aussi la conséquence d'un plus grand raffinement – assez byzantin – dans l'analyse du consentement contractuel* ». Ainsi, l'intégration véritable du désengagement dans la présentation du droit des contrats pourrait s'avérer être une réelle force pour les juristes, au rebours du sentiment qui vient le premier vis-à-vis du désengagement en droit des contrats, à savoir un certain malaise.

[894] V. ce qu'en disait J. Carbonnier lui-même : « *L'idée principale de la méthode qui a été suivie ici tient dans la distinction de deux sortes de développements. Pour chaque matière, on trouvera d'abord un exposé systématique, mais assez rapide, du droit positif (…). En petits caractères, on trouvera ensuite l'état des questions ; non pas des suppléments de connaissances pour affronter nous ne savons quel examen supérieur, mais une série (non uniforme) de portes, ouvertes sur des horizons parfois inhabituels, de la théorie et de la pratique, de la critique législative et de la sociologie, de l'histoire et du droit moderne ; nous voudrions qu'en nous lisant celui qui est curieux de droit, étudiant ou non, pût avoir la tentation de franchir ces seuils, de pénétrer plus avant dans ces questions et de s'évader de nous* », *cf.* « Préface de la première éd. ».

d'affirmer que la doctrine dit ou fait telle ou telle chose à partir du constat tiré dans un seul livre, quel que soit son auteur.

319. - Les autres ouvrages. Parmi les autres ouvrages ayant fait « autorité », on trouve évidemment celui de messieurs F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette. Comme nous allons le voir, les observations qui ont été faites précédemment vont ici se retrouver. Notons pour commencer que seule l'expression « droit de repentir » figure dans l'index, aucune entrée pour le terme « rétractation ». Comme chez J. Carbonnier, deux numéros sont consacrés à la question mais contrairement à lui, les numéros sont éloignés. Le premier d'entre eux[895] figure dans un sous-titre 1 consacré à la « formation des contrats », ce qui encore une fois pourrait étonner. A tout le moins, on ne peut pas ne voir que le désengagement siège selon les ouvrages à des endroits très différents[896]. Bref, précisons que les pages qui nous intéressent se trouvent dans une section consacrée à la « protection du consentement », dans un paragraphe 2 intitulé « la réflexion des contractants ». Encore une fois, l'occultation au sens propre retient l'attention. Il faut se contenter de deux pages sur soixante à propos des dispositifs du désengagement. Pour le dire simplement, il nous semble que ce ratio ne reflète en rien l'importance du phénomène du désengagement et son impact sur le droit des contrats, ainsi que la nécessité de le prendre en compte plus systématiquement dans la théorie générale. De manière encore plus significative encore, on trouve un 2° explicitement voué à l'analyse des « droits de repentir ». Ce 2° vient à nouveau à la fin de la réflexion des auteurs sur « la vigueur du lien contractuel ». Ici, ce ne sont plus deux pages qui sont censées satisfaire le lecteur mais simplement cinq lignes, lignes qui renvoient à la « réflexion des contractants ». En somme, l'occultation au sens propre s'observe aussi dans cet ouvrage. On dissimule le problème conceptuel du désengagement à l'intérieur de longues réflexions qui décrivent le droit des contrats comme répondant à une logique de l'engagement. Et celui qui lit un tel ouvrage ne peut que penser (la quantité est un argument fort !) que le désengagement est un phénomène marginal, exceptionnel et qui en tout état de cause arrive dans la présentation du droit des contrats bien après l'idée de l'engagement. Continuons nos pérégrinations dans les ouvrages de droit des contrats.

[895] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2005, n° 263.

[896] V. le numéro précédent où nous avons observé que le doyen Carbonnier rattachait la question à l'exécution du contrat et qu'à aucun moment le problème n'est évoqué au stade de la formation.

320. - D'autres ouvrages (2). L'ouvrage stimulant de messieurs J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux est dans le cadre de notre démonstration particulièrement significatif. En effet, rien dans l'index sur l'idée du désengagement. Pas d'entrée pour les termes « rétractation », « réflexion » ou encore « repentir » qui sont traditionnellement les termes à chercher pour trouver les développements relatifs au désengagement. Lorsque l'on consulte les pages consacrées à la force obligatoire du contrat[897], on ne trouve rien sur l'idée que le droit des contrats est concerné par l'émergence d'une logique du désengagement contractuel. Ses éléments caractéristiques demeurent en marge et seules les exceptions traditionnelles sont évoquées[898]. Mais du coup, il faut reconnaître que la cohérence est là, à tout le moins dans les développements relatifs à la force obligatoire puisqu'en y regardant de plus, on s'aperçoit que les auteurs traitent de la question au stade de la formation du contrat[899].

321. - D'autres ouvrages (3). On retrouve quelque chose de semblable dans le traité de J. Ghestin[900]. Mais ne quittons pas le terrain de l'occultation matérielle qui tient encore une fois essentiellement à la disproportion manifeste entre la teneur des développements consacrés à l'engagement et ceux consacrés au désengagement. Ainsi, on trouve un numéro consacré aux délais de réflexion[901] et un numéro consacré aux délais de rétractation[902]. En somme, dans la présentation du droit des contrats en général, l'idée de désengagement ne mérite pas que l'on s'y attarde. Elle est simplement évoquée, comme un détail, une goutte d'eau dans l'océan. Finalement, cette une véritable hiérarchie qui s'établit : l'engagement éclipse toujours le désengagement ce qui conduit *in fine* à l'impossibilité de formuler l'idée d'un droit des contrats en tant que droit du désengagement.

322. - D'autres ouvrages (4). Même constat du côté de l'important ouvrage de messieurs Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck. On retrouve dans l'index les termes

---

[897] Puisque c'est à ce moment que les auteurs évoquent en général la question.

[898] *Cf.* J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil Les obligations, 1/ L'acte juridique,* 14ème éd., Armand-Collin, 2004, n° 379 et 380. Les auteurs parlent ainsi de la faculté de résolution unilatérale prévue par l'article 1184, de la prohibition des engagements perpétuels, de la rupture unilatérale du contrat de travail et des contrats à durée déterminé particuliers type dépôt ou mandat.

[899] *Cf. ibid.,* n° 187.

[900] V. J. Ghestin (sous la dir.), *Traité de Droit civil La formation du contrat,* 3ème éd. LGDJ, 1993.

[901] *Cf. ibid.,* n° 146.

[902] *Ibid.,* n° 175.

« rétractation » et « repentir », et un numéro, qui siège à l'intérieur de développements consacrés aux « vices du consentement »[903]. L'occultation au sens propre tient encore une fois à la minceur du propos qui aborde les dispositifs significatifs du désengagement contractuel : six lignes auxquelles s'ajoute dix neuf lignes en plus petits caractères. L'effet produit est toujours le même : on a du mal à voir la tension qui nous a paru flagrante lorsque 'on se tient aux règles elles-mêmes, du fait du peu d'éléments sur le désengagement. Dans les ouvrages de théorie générale du contrat donc, l'idée de désengagement paraît en quelque sorte rejetée. Il est présenté comme un phénomène exceptionnel qui en aucun cas ne devrait conduire à formuler l'idée que le droit des contrats contient des forces en opposition. Et donc, c'est très habilement que la question du désengagement est insérée dans les livres de droit civil des contrats. La doctrine paraît ainsi en quelque sorte dissiper la tension. Nous avons dit « la doctrine », car il semble qu'à partir de la lecture de ces trois célèbres ouvrages, il soit déjà possible de se faire une idée assez juste de la manière pour un civiliste de présenter le phénomène du désengagement.

323. - D'autres ouvrages (5). Les professeurs Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, dans leur manuel de *Droit des obligations*[904]*,* réservent dans leur index une entrée « protection des consommateurs », et dans laquelle on trouve l'expression qui nous intéresse : « droit de repentir ». Les développements relatifs à la question du désengagement figurent dans un chapitre ayant trait à la « conclusion du contrat ». A vrai dire, il est plus compliqué ici de parler d'occultation au sens propre dans la mesure où les auteurs accordent une place importante à l'analyse de ce phénomène[905]. Le droit de la consommation occupe une place importante dans cet ouvrage. Nous y voyons un signe de reconnaissance de la nécessité d'infléchir la théorie générale du contrat en fonction des techniques consuméristes qui autorisent un cocontractant à ce désengager. Nous verrons cependant que les auteurs de cet ouvrage tendent à occulter différemment la tension que nous avons décrite : au sens figuré[906]. Et en tous cas, la grande majorité des ouvrages de droit des obligations sont plutôt dans le

[903] C'est l'intitulé du chapitre. *Cf.* Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations,* 4ème éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2009, n° 523.

[904] V. *Droit des obligations,* 12ème éd., LexisNexis, 2012.

[905] On soulignera par exemple que les auteurs, lorsqu'ils analysent les « effets de l'acceptation », consacrent plus de développements à ce qu'ils appellent « l'exception » (les droits de rétractation) qu'au « principe » (la conclusion du contrat).

[906] V. *infra,* n° 329. - et s.

sillage des traités précédemment cités[907], nous nous contenterons de les citer[908] et le lecteur s'y reportera utilement.

324. - Bilan. Nous pouvons clairement observer dans les ouvrages de droit civil des contrats une occultation au sens propre du terme. La doctrine masque ce phénomène du désengagement, elle l'éclipse en faisant briller l'engagement contractuel dans les ouvrages de théorie générale ; bref, le désengagement demeure toujours dans la pénombre. Cela se traduit de manière significative en terme quantitatif. Nous allons voir que, par effet miroir, cette occultation se retrouve dans les ouvrages de droit de la consommation. Mais c'est alors l'engagement contractuel que les auteurs laissent dans l'obscurité.

[907] V. *supra,* n°.318. - et s.

[908] V. par exemple R. Cabrillac, *Droit des obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2010, n° 113. L'auteur évoque en une phrase cette faculté de revenir sur engagement dans le cadre de développements relatifs à l' « irrévocabilité du contrat » et renvoie le lecteur à un paragraphe de l'introduction évoquant la question de l' « affaiblissement de la force obligatoire ». Précisons que ce manuel se veut très synthétique, il est court et est plutôt destiné aux étudiants de licence. Mais justement, cela confirme bien notre propos. Le désengagement n'a pas sa place dans une présentation synthétique du droit des obligations.

Section 2
L'indifférence des ouvrages consacrés au droit de la consommation vis-à-vis de l'engagement contractuel

325. - Propos liminaires. La doctrine civiliste occulte le désengagement à la faveur de l'engagement contractuel, et parallèlement, la doctrine consumériste ignore la question de l'engagement (au sens classique du terme). Pour le dire autrement, très rares sont les moments où les auteurs qui présentent le droit de la consommation ont besoin de recourir à des principes tels que le consensualisme ou la force obligatoire. Finalement, ce qui constitue le cœur des développements dans la présentation de la théorie générale du contrat arrive dans le droit de la consommation au second plan. Imaginons qu'un profane s'intéresse au droit de la consommation ; il n'aura pas le sentiment, la lecture de l'ouvrage terminée, que le droit des contrats gravite autour du consensualisme, de la force obligatoire, du respect de la parole donnée, en somme de tous ce que nous avons décrit dans le premier titre de la première partie. Vérifions donc cette hypothèse selon laquelle la doctrine consumériste occulte au sens propre l'engagement contractuel.

326. - Index, sommaires et table des matières : l'ignorance des grands principes civilistes. Le constat s'inverse, tout simplement. Les concepts les plus travaillés, les plus détaillés comme ceux de force obligatoire, de consensualisme, de respect de la parole donnée, etc., ne se retrouvent pas dans les index, les sommaires et les tables des matières des ouvrages de droit de la consommation. Cela étonnerait sans doute celui qui, après avoir travaillé et assimilé les grands principes civilistes, tenterait de les comprendre dans certaines de leurs implications techniques. Reprenons donc ces ouvrages qui présentent le droit de la consommation. Aucun d'eux ne fait figurer le principe de force obligatoire des contrats dans son index[909] alors qu'on en trouve des échos partout dans le droit civil. Et rajoutons que le

[909] On citera à nouveau les principaux ouvrages : G. Raymond, dans son manuel de *Droit de la consommation,* 2ème éd. Litec, 2011, n'en fait pas mention. Pas plus que messieurs J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la*

principe ne figure pas plus dans l'index du Code de la consommation. Pas plus dans les sommaires que dans les tables des matières. Nous avons du mal à retrouver la moindre trace de ces principes dans les ouvrages. Cela ne veut pas dire que les auteurs n'en parleront jamais. Quoiqu'il en soit, il n'est pas possible de pénétrer l'ouvrage par ce biais là. Nous pourrions dire en quelque sorte qu'il n'est pas possible d'entrer dans le droit des contrats de consommation au travers des principes de force obligatoire et de consensualisme. Il nous semble important de souligner cela. On occulte au sens physique du terme la notion de force obligatoire des conventions, alors qu'il paraît inconcevable de la manquer lors de la lecture d'un traité de droit civil. Il en va de même du consensualisme, pratiquement aucune trace dans les index, sommaires[910]. Ce que nous pouvons retenir à ce stade, c'est que les auteurs occultent au sens propre les principes qui fondent en droit civil l'idée d'un droit de l'engagement et qui, si l'on suit la logique civiliste, structurent forcément l'ensemble du droit des contrats. Tout se passe comme si les auteurs parlaient de choses bien différentes, alors que tous écrivent sur le droit des contrats (ils évoquent des règles juridiques censées s'appliquer au contrat). Ainsi, on peut dire que l'occultation résulte dans une approche négative de ce que l'on ne trouve pas ; elle résulte également dans une approche positive de ce que l'on trouve sans aucune difficulté : les mécanismes permettant de revenir sur son engagement.

327. - Des références massives à l'idée de désengagement contractuel. Il n'est pas bien compliqué de montrer la place prépondérante qu'occupe le désengagement dans les ouvrages de droit de la consommation. Car finalement, ce n'est que le corollaire du constat que nous avons fait dans le premier titre de la première partie[911]. Les auteurs accordent énormément de développements à cette faculté offerte au consommateur afin qu'il revienne s'il le souhaite sur son engagement. Cela n'échappe pas lorsque l'on s'intéresse aux index, sommaire et tables des matières, qui permettent toujours de se faire une première idée de la matière. En effets, les renvois sont nombreux sur les questions relatives au désengagement. Prenons la notion de rétractation, qui en est le symbole : vingt et un renvois dans l'ouvrage de

---

consommation, 8ème éd. Dalloz, 2010. Même constat dans chez S. Piedelièvre, *Droit de la consommation,* Economica, 2008. V. enfin Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation,* Armand Colin, 2005.

[910] On ne trouve pas le terme dans l'index du code de la consommation. Pas plus que dans les ouvrages cités dans la note 118, à l'exception de celui de G. Raymond qui fait référence au consensualisme dans son index. Mais seul un numéro de paragraphe y est cité, et il ne fait que quelques lignes.

[911] Constat selon lequel le droit de la consommation organise le désengagement. V. *supra,* n° 13. - et s.

G. Raymond[912], douze dans celui de messieurs J. Calais-Auloy et H. Temple[913], etc. Cela n'a rien d'étonnant puisque nous avons nous même formuler l'idée selon laquelle le droit de la consommation était un droit du désengagement à partir de ce constat. Mais il nous à sembler important de le rappeler dans la mesure où il permet de prendre conscience d'une réelle occultation au sens propre ; le désengagement dans les ouvrages de droit de la consommation occupe une telle place qu'on ne peut pas à partir d'un corpus de droit de la consommation dire que le droit des contrats gravite autour de l'idée d'engagement contractuel.

328. - Conclusion du premier chapitre. Il nous a ainsi semblé intéressant de montrer une occultation au sens propre : l'engagement éclipse le désengagement dans les ouvrage de théorie générale et réciproquement, le désengagement en masse dans les ouvrages de droit de la consommation finit par faire oublier l'idée selon laquelle le droit des contrats est un droit de l'engagement. Et donc nous ne retrouvons pas visuellement la tension que nous avons mis en lumière dans la première partie. Et puisque nous pensons que les fondements de notre proposition[914] sont solides en ce qu'ils procèdent directement des textes légaux, nous « soupçonnons » la doctrine d'occulter cette tension. En des termes un peu différents, nous pourrions dire que la doctrine tente de « dissiper » cette tension, dont elle a pourtant parfaitement conscience. Ce constat sur l' « apparence » des ouvrages, fait simplement « avec les yeux », confirme *a priori* l'hypothèse d'une occultation par la doctrine d'une tension au sein du droit des contrats : cette tension est cachée, secrète, mais elle n'en est pas moins réelle[915] ! Nous allons voir qu'il en va de même, lorsque l'on s'intéresse au « fond » de ces ouvrages.

[912] *Cf*. G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.* V°.

[913] V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.* Soulignons que certains figurent sous l'entrée « délai de réflexion », cela parce que les auteurs proposent une lecture particulière de ces mécanismes. Nous y reviendrons (*infra,* n° 365. -) mais le fait est qu'il s'agit des mêmes mécanismes qui sont visés.

[914] Proposition selon laquelle il existe une tension au sein du droit des contrats.

[915] Rappr. ici la définition proposée dans *Vocabulaire juridique* s'agissant du terme « occulte » et citée plus haut : V. G. Cornu, *op. cit.,* V°.

CHAPITRE 2

UNE OCCULTATION INTELLECTUELLE

329. - Lignes directrices. Au sens figuré, occulter signifie « passer sous silence ». Et c'est précisément ce qui se passe dans les ouvrages de droit des contrats. Les auteurs passent sous silence la tension qui affleure dans les textes, sans pour autant la nier et même pourrait-on dire, en la sous-entendant en permanence. La tension finalement s'aperçoit toujours en filigrane, entre les lignes. C'est ce qui ressort de l'analyse du contenu des ouvrages que nous avons évoqués. En fait il semble que les auteurs déplacent le problème, qu'ils n'abordent jamais la question qu'indirectement. Deux tendances reflétant cela s'observent en matière de désengagement[916]. Soit il est question d'une réflexion sur les raisons qui peuvent légitimer de tels dispositifs (section 1), soit d'un travail sur la nature du désengagement contractuel (section 2). Dans tous les cas de figure, au lieu d'entrechoquer la théorie générale et le droit de la consommation pour faire ressortir une tension, comme nous l'avons fait, la doctrine s'emploie plutôt à dissiper, à occulter la tension qui s'établit entre l'engagement et le désengagement contractuel. Une telle approche ne va pas sans poser de sérieuses difficultés, comme nous le montrerons dans le second titre[917]. Mais pour l'heure, nous revenons sur ce constat qui peut surprendre : la question du désengagement est toujours présentée par la doctrine au travers de ces deux prismes : la question du « pourquoi » ; et celle de la nature des dispositifs. Or et c'est le point le plus important, en procédant ainsi, la doctrine ne rend pas compte de la tension entre un droit de l'engagement et un droit du désengagement qui anime le droit contemporain. La doctrine tente toujours de faire tenir l'ombre et la lumière.

---

[916] Citons également l'entreprise atypique de G. Rouhette sur le droit de la consommation : *« Droit de la consommation » et théorie générale du contrat, in* Mélange R. Rodière, 1982, p. 247 et s. L'auteur remarque également les deux tendances précitées et se démarque en défendant l'idée que le droit de la consommation a révélé des lacunes anciennes : « *Les études les plus générales, qu'on en a présentées paraissent participer de deux tendances opposées. Les uns – anomalistes – se préoccupent du « particularisme » du droit de la consommation, pour le revendiquer ou le déplorer. D'autres – assimilateurs – en intègrent les règles à la théorie générale du contrat qu'ils actualisent et modifient en conséquence. Dans les deux cas cependant, on part d'un même postulat (ou d'un même constatation) : que le droit de la consommation s'inspire de principes et met en œuvre des notions insolites. Nous nous proposons, suivant la démarche inverse, de former et contrôler l'hypothèse que l'originalité du droit de la consommation, quant aux principes et notions, n'est que de révéler une réalité qui lui préexistait* ». Cette démarche originale doit donc être citée à part.

[917] V. *infra,* n°367 et s.

Section 1
L'occultation par le travail des justifications des dispositifs

330. - Rappel du contexte. Le droit de la consommation s'est construit par petites touches, par l'empilement de lois successives qui avaient toutes vocation à régir des relations de consommation[918]. Or c'est la méfiance qui règne à cette époque dans la majorité des esprits vis-à-vis d'une telle entreprise. Un tel état d'esprit n'est pas indifférent au maintien d'un motif de conceptualisation particulier : les juristes voient dans les règles du droit de la consommation un ensemble de dispositions protectrices des consommateurs, sans vraiment mobiliser les autres déterminations économiques de ces dispositions. Cette vision monolithique adoptée par la doctrine tant du droit de la consommation que des dispositifs de désengagement préside au discours majoritaire. C'est ce consumérisme-là qui pénètre la sphère de la pensée juridique et va progressivement devenir le centre de gravité de la matière toute entière. On va alors insister sur le particularisme du droit de la consommation-techniquement : sa spécialité- pour dissimuler la tension observée dans le droit des contrats. D'abord, nous traiterons de l'apparition de ce discours qui logiquement à lieu dans les années 70, puisqu'il s'agit de commenter les premières lois édictées en la matière (§1). Ensuite, nous essaierons de retracer l'évolution de cette conception du droit de la consommation au fil du temps. Et disons maintenant que cette représentation centrée sur la protection des consommateurs n'a fait que prendre de l'ampleur et finalement, le droit de la consommation est devenu tributaire de l'idée de protection des consommateurs, tout comme le désengagement (§2). L'adoption du code de la consommation constituant un des évènements majeurs de son histoire, nous distinguerons avant et après 1993.

[918] V. pour le détail l'analyse historique du droit de la consommation, *supra,* n° 92. - et s.

§ 1. L'élaboration d'une conception du droit de la consommation fondée sur l'idée de protection des consommateurs avant 1993

331. - Le désengagement : un mécanisme nouveau dans le paysage juridique. C'est dans les années 70 que les pionniers du droit de la consommation vont produire les premiers travaux consacrés à la matière. Certains juristes pressentent qu'il y a dans les premières lois consuméristes plus qu'un simple phénomène de marge. L'histoire nous dit que c'est un climat de méfiance envers la société de consommation qui habite les esprits de l'époque, pas étonnant que l'objectif de protection des consommateurs retienne toute l'attention. Par surcroît, une telle conception (dont on peut dire qu'elle est idéaliste) donne à voir le droit sous son plus beau jour : le droit au service des faibles, le droit contre l'oppression des plus forts. Revenons à l'essentiel : le désengagement apparaît comme un mécanisme nouveau dans le paysage juridique, et ce mécanisme contredit *a priori* les règles traditionnelles du droit civil[919]. Et pour résoudre ce problème, c'est l'aspect protecteur qui va être mis en avant. Les juristes paraissent en somme déstabilisés par ces dispositifs nouveaux et au lieu de travailler cette différence de teneur, la doctrine va essayer d'expliquer les raisons d'être du phénomène. Il y a donc bel et bien une occultation du désengagement par un déplacement du problème.

332. - Les premières pierres. Dans un premier temps, il est question de rédiger des commentaires ayant trait au dispositif originaire en matière de droit de la consommation, à savoir la loi sur le démarchage à domicile[920]. Monsieur J. Calais-Auloy va jouer un rôle important dans l'élaboration de cette conception particulière (conception fondée sur l'idée de protection) du droit de la consommation, il est en effet l'un des premiers à s'intéresser à la matière et l'un des spécialistes reconnus en matière de droit de la consommation[921]. Comme nous allons le voir, à cette époque, l'idée de protection des consommateurs domine sans partage la conception que les juristes se font du droit de la consommation. Ainsi les écrits de

[919] Finalement, les juristes ont bien été confrontés à la tension que nous avons mise en lumière. Mais, on le voit, la tension va être dissipée en confinant le droit de la consommation en marge du système et donc impuissante à le menacer dans ses fondements.

[920] V. *supra,* n° 19. - et s. pour le démarchage en général et n° 36. - et s. s'agissant du dispositif de désengagement qu'il contient.

[921] V. *supra,* n° 15. - .

monsieur Calais-Auloy, dans un des tous premiers articles consacrés à la matière[922], traduisent clairement cette idée que le droit de la consommation est un droit protecteur. Le titre est déjà significatif : *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs*[923]. Et les premières lignes ne manquent pas d'alimenter l'idée : « *Le premier juin 1973 a marqué une étape important dans la protection des consommateurs. Ce jour là est entrée en vigueur la loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage à domicile* ». On voit donc comment le dispositif, par ce raisonnement, est immédiatement arrimé à une considération unique : la protection du consommateur.

333. - Une conception historiquement logique. On sent clairement ici l'influence du consumérisme américain, et rappelons à cet égard que nous nous sommes ralliés à la thèse selon laquelle Ralph Nader a joué dans cette pièce le rôle principal. Une conception du désengagement centrée sur la protection du consommateur se comprend donc parfaitement dans une perspective historique. Quoiqu'il en soit, c'est bien sur la voie du protectionnisme que s'oriente la réflexion doctrinale. C'est bien à l'aune de cette considération que le dispositif applicable au démarchage est analysé : « *La protection contre les abus du démarchage à domicile est assurée par trois séries de règles* »[924], explique monsieur Calais-Auloy. Le droit apparaît bien ici comme vecteur de protection contre les dérives des professionnels qui abuseraient de leur situation. Comme nous l'avons suggéré, une telle analyse est séduisante. Elle est aussi en parfaite harmonie avec la pensée « réactionnaire » de l'époque, ce qui explique sans doute que de nombreux autres auteurs aient rejoint cette tendance. C'est le cas de monsieur Pizzio qui lui aussi s'intéresse la matière. Dans un

---

[922] D'ailleurs, la matière n'existe pas encore en tant que tel. Elle n'a pas à l'époque un haut degré d'autonomie. Il faudra attendre quelques années pour que cela arrive et généralement, la doctrine accorde à la date d'adoption du Code de la consommation un moment clef. V. en ce sens ce que disait Carbonnier sur ce Code : « *Il est arrivé sans crier gare, promulgué dans une loi du 26 juillet 1993. (...) par la promulgation immédiate de son Code, bien ou mal ficelé, le droit de la consommation a réalisé politiquement un coup de maître. Il s'est constitué en corps autonome de droit* », *cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 921. Mais certains sentent déjà dans les années 70 que le particularisme du droit de la consommation conduira, au bout du compte, à une réelle autonomie de ce droit. V. par exemple L. Bihl, *Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal.* 1974.II.Doct.754. Et c'est également dans cette perspective que fût organisé une interuniversitaire, *cf.* J. Calais-Auloy, *La protection légale et réglementaire du consommateur. Lacunes. Excès,* in *Données Nouvelles pour un droit de la consommation,* 2ème rencontre Université-Entreprise, organisée les 17 et 18 novembre 1972 à Aix-en-Provence par l'Institut de droit des affaires et le Centre de perfectionnement dans l'administration des affaires, Paris, Dalloz, 1974, p. 49 ; V. aussi L. Bihl, *Consommateur défends toi !,* Denoël, 1976 ; G. Cas, *La défense du consommateur,* PUF, Que sais-je ?, 1975 ; J. Doyere, *Le combat des consommateurs,* éd. du Cerf, 1975 ; D. Nguyen-Thanh, *Techniques juridiques de protection des consommateurs,* INC, 1970.

[923] V. J. Calais-Auloy, *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur, D.* 1973, p. 266 et s.

[924] *Cf.* J. Calais-Auloy, *précit.*

commentaire de cette même loi[925], c'est bien à l'aune de l'efficacité de la protection des consommateurs que le dispositif est analysé, la structure de l'article en témoigne : l'auteur traite dans la première section de « *la spécificité réelle de la protection* », puis de la « *spécificité apparente de la protection* ». Autrement dit, la protection des consommateurs devient l'objectif à atteindre et toutes les réflexions que l'on mène en matière de droit de la consommation se proposent de contrôler l'efficience, l'efficacité des dispositifs avec à l'esprit cet objectif : plus une loi protège le consommateur, plus elle est une « bonne loi » de droit de la consommation. Finalement, toutes les études menées en la matière font de la protection des consommateurs le centre de gravité de la matière[926]. Et l'effet produit sur le lecteur est saisissant : il ne voit plus une tension entre l'engagement et le désengagement. Il voit seulement un principe (l'engagement) auquel il est possible de déroger pour des raisons impérieuses (la protection des consommateurs en est une) ; la doctrine parvient de la sorte à occulter une tension au sein du droit des contrats.

334. - La protection des consommateurs contre les professionnels. Les professionnels sont des escrocs ! C'est un peu le sentiment qui habite celui qui prend le temps de lire tous ces articles sur le droit de la consommation. Ralph Nader avait mené la vie dure à la *General Motor's,* qui s'était clairement rendue coupable d'une « faute ». L'appât du gain l'avait conduit à privilégier la rentabilité de son produit à la sécurité des acheteurs et ce comportement fût à l'origine du premier grand scandale de la société de consommation. On peut penser que les stigmates de cette affaire n'ont toujours pas quitté les esprits, et les professionnels (en l'occurrence les démarcheurs) sont présentés dans les écrits doctrinaux comme des personnes susceptibles de vouloir tromper, abuser les consommateurs. L'intérêt de protéger ces derniers apparaît dans cette perspective comme nécessaire. La présentation du droit de la consommation gagne en cohérence. Par ailleurs les auteurs, en réfléchissant sur ce déséquilibre structurel qui semble caractériser le rapport de consommation, ne ressentent plus le besoin de formuler l'idée d'une tension. Cette dernière serait donc qu'une molle impression ne pouvant que se dissiper à l'analyse.

---

[925] V. J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, *RTD. Civ.* 1976, p. 66 et s. Là encore, l'idée de protection est explicitement mise en avant. Soulignons que l'auteur ajoute un élément important, cette considération propre au droit de la consommation va être rattaché, dans un souci de cohérence, au concept civiliste de consentement : le risque dans les relations de consommation tiendrait à la vicissitude hypothétique du consommateur.

[926] C'est aussi le cas de A. Bietrix et H. Birbès dans leur article intitulé *Vente à domicile et protection des consommateurs, Cah. Dr. De l'entreprise,* I, 1973 ; dans le même sens G. Cornu, *La protection du consommateur et l'exécution du contrat,* in Association H. Capitant, T. XXIV, 1973, p. 145.

335. - La preuve par les textes. Quelques citations permettent de prendre conscience de la mesure de cette croyance : « *le démarchage à domicile est un procédé agressif qui recèle, pour le consommateur moyen, des dangers maintes fois signalés : certains démarcheurs savent forcer non seulement les portes, mais encore les consentements, grâce à des discours où la vérité et le mensonge sont adroitement mêlés. Ce sont ces abus que les associations de consommateurs dénonçaient depuis plusieurs années déjà, et que le législateur français, à l'exemple de plusieurs droits étrangers, tente aujourd'hui de réprimer* ». Difficile d'être plus clair : le droit de la consommation est indiscutablement envisagé ici comme un moyen de réprimer les dérives liées à la consommation[927]. A quoi il faudrait ajouter, en toute rigueur, qu'il souligne l'incapacité du droit civil à protéger efficacement les consommateurs. Dans le même esprit de méfiance à l'égard des professionnels, on peut lire que « *le consommateur est victime des manœuvres déloyales employées par le démarcheur afin d'extorquer son consentement* »[928]. Les professionnels n'ont donc *a priori* pas bonne presse à l'époque. Disons quelques mots maintenant des consommateurs

336. - La faiblesse présumée chez le consommateur. L'objectif de protection mis en avant par la doctrine repose donc sur ce premier constat qui fait des professionnels des personnes susceptibles « d'abuser » des consommateurs. Parallèlement, les auteurs insistent sur la position de faiblesse des consommateurs. C'est l'autre idée force de cette conception consumériste. Leur inexpérience, leur besoin d'être informés caractérisent leur situation d'infériorité face à des professionnels mieux armés et généralement très habiles dans l'art de convaincre. Le consommateur est donc envisagé de manière abstraite[929], comme défavorisé par un déséquilibre structurel propre au contrat de consommation. L'idée se retrouve partout ; monsieur Pizzio écrit en ce sens et de manière significative que c'est : « *l'idée que c'est la propre faiblesse du contractant qui rend la vente agressive* »[930]. D'ailleurs, une sous-section

[927] *Cf.* J. Calais-Auloy, *précit.* Et toute l'analyse gravite autour de cette idée, comme en témoignent d'autres citations issues de cet article : l'auteur voit dans la loi un moyen d'assurer « *la protection contre les abus* », cela parce que « *trop de démarcheurs pratiquaient l'art de la tromperie orale, sans risquer de sanction* ».

[928] V. J.-P. Pizzio, *précit.,* n° 8.

[929] J. Calais-Auloy parle volontiers de « consommateur moyen » dans ses premiers commentaires (V. *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur,* D. 1973, p. 266). Cela confirme notre propos, l'expression « généralise » la personne du consommateur. Ou plutôt, c'est un modèle type qui nous est décrit et cette figure abstraite se caractérise par cette situation de faiblesse.

[930] *Cf.* J.-P. Pizzio, *ibid.,* n° 4.

est tout entière consacrée à la question de « *La protection du consommateur contre sa propre faiblesse* »[931] et voilà ce que l'auteur soutient sur ce point : « *le Code civil n'a pas imaginé que* ***l'état permanent d'infériorité d'un individu*** *puisse provenir d'une autre source que de lui-même. (…) L'état d'infériorité du consommateur n'est pas inhérent à sa personne, mais lui est commun avec la plupart de ses semblables. Sa faiblesse est d'origine extrinsèque et provient de sa situation sociale et économique qui le rend étranger aux affaires* »[932]. Nous le voyons, c'est une présentation de la matière fondée sur la protection des faibles (les consommateurs) contre les forts (les professionnels) qui se met en place, et les nombreuses lois consuméristes qui vont suivre[933] ne seront qu'un nouvel argument pour appuyer un peu plus sur l'aspect protecteur du droit de la consommation[934], et indirectement un moyen très efficace pour dissiper la tension qui s'établit entre l'engagement contractuel et le droit du désengagement. La répartition entre le droit général et spécial, entre le principe et l'exception, vient soutenir une telle entreprise. Elle a même pour effet, à un certain point, de rendre indisponible la discussion pied à pied à propos de la conceptualisation des dispositifs protecteurs du consommateur par la science civiliste.

337. - Le désengagement au sein de cette conception. Cette analyse particulière des juristes sur le droit de la consommation en général ne pouvait que déteindre sur l'analyse du désengagement en particulier. A partir du moment où l'on insiste sur la conception du droit de

---

[931] *Ibid.,* n° 13 et s.

[932] *Ibid.,* n° 13 ; un peu plus loin on peut lire que « *le démarcheur pourra sans difficulté abuser de l'ignorance et de la crédulité du consommateur* » (n° 14). L'auteur explique d'ailleurs cela dans le cadre de développements intitulés « *Le fondement de la protection : la présomption d'inexpérience du consommateur* », V. p. 76.

[933] On songe notamment aux lois Scrivener du 10 janvier 1978 relatives à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, *Journal officiel de la république française,* 11 janvier 1978, p. 299-301 ainsi que Loi 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, *Journal officiel de la république française,* 11 janvier 1978, p. 301-308, ou encore les lois de 1988 sur les ventes à distance, les lois Neiertz de 1992, en somme, toutes ces lois qui vont donner corps au droit de la consommation.

[934] Outre les travaux déjà cités, le lecteur se reportera utilement aux articles suivants : G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in Études offertes à J. Flour, Rep. Defr.*1979 ; P.-J. Doll et H. Guérin, *Le démarchage et la vente à domicile, JCP.* 1973, I, 2524 ; D. Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D.* 1980, chron. p. 180 ; A. Françon, *Rapport sur la protection du consommateur dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit français, in La protection des consommateurs,* Trav. Ass. H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 117 ; G. Gavalda, *L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (commentaire de la loin° 78-22 du 10 janvier 1978), D. 1978, Chron.* p. 189 ; Ph. Malinvaud, *La protection du consommateur, D.* 1981, chron. 49 ; D. Martin, *La défense des consommateurs à crédit (commentaire de la loin° 78-22 du 10 janvier 1978), RTD. Com.,* 1977, p. 619 ; J. Stoufflet, *La protection du consommateur, in* Mélanges E. de Lagrange, 1978, p. 227. Tous ces articles participent à la diffusion d'une conception particulière du droit de la consommation, conception centrée sur la protection des consommateurs, protection qui s'explique tant par la faiblesse du consommateur que par les comportements généralement « agressifs » des professionnels.

la consommation comme ensemble de règles protectrices des consommateurs, il n'est pas étonnant que les dispositifs de désengagement soient décrits comme répondant à cette logique. Ainsi donc, tous les dispositifs présentés dans le premier titre de la première partie[935] sont exposés par les auteurs comme des mécanismes ayant vocation à protéger le consommateur. Outre les articles déjà évoqués, il faut revenir sur une analyse intéressante[936] menée dans les années 1980 par Raymonde Baillod. Et c'est bien une analyse « consumériste » du mécanisme qui va être développée par l'auteur, ce dès les premières lignes de cette étude : « *Compte tenu des pressions susceptibles de s'exercer de la sorte sur la prise de décision des consommateurs, et donc des risques d'altération de leur volonté, on pressent l'utilité que pourrait avoir le droit de repentir, entendu comme le droit de revenir sur son engagement* »[937]. Comme nous l'avons dit, la tension ne s'aperçoit ici qu'en filigrane : la doctrine dit bien qu'il existe un mécanisme de désengagement mais elle le présente comme un phénomène exceptionnel. Le droit des contrats serait en temps normal un droit de l'engagement et ce n'est qu'en présence d'un risque accru de vice du consentement que le désengagement pourrait se déployer. Pour le dire simplement, les juristes semblent percevoir le désengagement comme un problème, problème qu'il faut résoudre pour présenter de manière cohérente le droit des contrats.

338. - A propos du désengagement. Nous voyons ainsi que l'analyse du droit de la consommation en général se retrouve à l'identique dans l'analyse particulière du désengagement contractuel. La suite de cet article[938], en parfaite adéquation avec une doctrine

---

[935] V. *supra,* n° 13. - et s. Nous rappelons que lors de ces développements, il était question de décrire une mécanique en essayant, autant que faire se peut, d'écarter les « justifications » théoriques apportées par la doctrine.

[936] L'intérêt de cette étude tient selon nous à son originalité, cette étude est la première a embrassé le phénomène du désengagement dans son ensemble. Mais eu égard à son importance croissance, ledit phénomène devait ne pouvait rester plus longtemps dans l'ombre, et il méritait indiscutablement une analyse à part. C'est d'ailleurs ce qu'explique l'auteur : « *Il n'empêche que depuis dix ans le droit de repentir a fait une percée remarquable, puisqu'il vient d'être consacré (...) par quatre lois au moins* », *cf.* R. Baillod, *Le droit de repentir, RTD civ.,* 1984, p. 229, n° 3.

[937] V. *ibid.,* n° 1.

[938] S'agissant par exemple du démarchage, l'auteur soutient également qu' : « *outre le caractère « agressif » de ce procédé de vente et les abus auxquels malheureusement il donne souvent lieu, l'infériorité habituelle des consommateurs dans les rapports avec les professionnels se trouve accentuée par l'insuffisante information du client (...) C'est précisément pour répondre aux besoins nés de ce nouveau contexte socio-économique que le législateur s'est préoccupé de développer ou d'introduire dans notre droit un certain nombre de techniques propres à protéger la partie « faible »* », V. p. 228-229, n° 1 et 2. ; Dans le même sens, V. n° 3 (p. 230) : « *le recours du droit de repentir pour protéger les consommateurs est au demeurant un phénomène généralisé* » ; n° 21 (p. 242) : « *Le commencement d'élaboration d'un « droit de la consommation » a donné lieu, on l'a vu, à une relative « explosion » du droit de repentir. Mais sa multiplication est intervenue dans un certain désordre, le*

quasi unanime, conforte l'idée que le désengagement et le droit de la consommation sont envisagés exclusivement à l'aune de leur fonction de protection[939]. Voilà comment notre conception du droit de la consommation se construit : née dans un contexte de méfiance à l'égard des professionnels et, plus globalement, de la société de consommation, la matière a été conceptualisée par les juristes comme répondant à une logique de protection[940]. Grâce à une telle analyse, la doctrine a toujours réussi à contenir dans la pénombre la tension que nous avons mis en lumière dans la première partie.

339. - **Au final.** Les mécanismes de désengagement vont être analysés comme des dispositifs dont l'objectif premier est de protéger le consommateur contre les dérives de la consommation en masse. Ce mouvement n'est pas prêt de s'arrêter. En effet, depuis la promulgation du Code de la consommation et jusqu'à nos jours, c'est bien cette conception de la matière qui va être enseignée dans les universités et exposée dans les ouvrages. Elle va finir

---

souci de protéger un des parties constituant le seul dénominateur commun à ses diverses applications » ; n° 22 (p. 243) : « *le droit de repentir a répondu à des situations où il existe un doute sur la valeur du consentement émis par un contractant* » ; n° 31 (p. 251) : « *L'avènement de la société de consommation a révélé la nécessité de protéger certaines catégories de contractants particulièrement vulnérables. Le droit de repentir est une réponse à ce besoin* » ; enfin, l'auteur conclue en ces termes : « *L'inégalité des contractants, pour n'être pas nouvelle, s'est à l'époque contemporaine aggravée et systématisée. L'idée de justice contractuelle commandait de mettre en place des procédés susceptibles de corriger dans une certaine mesure les abus liés à ce déséquilibre. Le droit de repentir est un de ces procédés* », n° 35 (p. 253). Nous espérons que le lecteur est maintenant convaincu de l'idée selon laquelle le désengagement en tant que mécanisme protecteur d'une partie faible domine clairement cet article.

[939] En effet, le constat fait à partir de l'article de madame R. Baillod se retrouve dans la plupart des articles consacrés au désengagement. C'est par exemple le cas de monsieur J. Calais-Auloy qui voit dans le désengagement la « pièce maîtresse » du dispositif de protection : « *Une seconde protection complète donc la précédente et lui donne tout son sens : le client dispose impérativement, à partir de sa commande, d'un délai de réflexion. C'est la pièce maîtresse de la loi de 1972* », V. *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur, D.* 1973, p. 266 ; dans le même sens, V. J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, *RTD. Civ.* 1976, n° 13 : « *Néanmoins, cette possibilité de révocation traduit, désormais, la prise en considération par le droit de l'état d'inexpérience du consommateur* » ; n° 16 : « *Ce délai de réflexion semble satisfaire le désir du législateur de protéger le contractant, si l'on en juge par la généralisation du procédé* », n° 18 : « *A l'examen d'ensemble du système de protection élaboré par la loi du 22 décembre 1972* » ; il conclut que cette loi de 1972 « *suscite néanmoins l'intérêt en raison même de la technique de la protection qu'elle propose. Au-delà de son objet propre, cette législation ne peut laisser indifférent à une époque où l'on cherche, de façon générale, à protéger le contractant inexpérimenté contre le professionnel* », V. n° 36. Bref, la lecture de ces travaux permet une prise de conscience radicale quant à la conception que l'on se fait à l'époque du droit de la consommation : un droit dont la vocation est de protéger le consommateur (la partie faible) contre le professionnel qui pourrait abuser de sa position, de son expérience. Enfin, V. Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D.* Chron. VIII. p. 28 et s qui écrivait que « *le droit de la consommation a su subordonner le théorie juridique de la conclusion du contrat aux nécessités pratiques de la protection du consommateur* », dans le même esprit, l'auteur estime que l'essentiel s'agissant du désengagement, c'est « *l'apport pratique du mécanisme à la protection efficace du consommateur* ».

[940] Nous allons y revenir (V. *infra,* n° 411. -), mais la doctrine mobilise un outil puissant : la distinction entre le « général » et le « spécial » qui justement permet d'éjecter dès l'abord l'idée d'une tension. Nous tenterons toutefois de convaincre le lecteur qu'une telle logique n'est pas pleinement satisfaisante.

par devenir le fondement principal du droit de la consommation. Or lorsque l'on adopte une telle posture, l'idée d'une tension au sein du droit des contrats ne se pose plus. Le droit de la consommation devient un droit simplement dérogatoire. Et aujourd'hui, il est bien difficile d'apercevoir une tension dans la mesure où cette présentation du droit de la consommation s'est peaufinée, précisée, avec une volonté forte de donner au droit des contrats en général une cohérence globale. Il faut y insister, les distinctions offertes par la logique civiliste entre droit général et spécial, principe et exceptions ont été exacerbées. Elles ont fait l'objet d'une instrumentalisation qui a eu pour effet de contenir les idées véhiculées par le droit de la consommation ; idées subversives de cette logique civiliste -celle en particulier que le désengagement d'une partie à un contrat pourrait devenir parfaitement *normale.*

§ 2. Vers l'hégémonie de cette conception au sein de la doctrine française après 1993

340. - Précisions. Il est nécessaire de s'arrêter quelques instants sur le contexte d'adoption du code de la consommation, dans la mesure où celui-ci constitue un nouveau témoin de l'omniprésence du protectionnisme au sein de l'analyse relative au droit de la consommation (A). Nous essaierons par suite de retracer l'évolution de cette conception et le constat est sans appel : la matière va être réduite à sa dimension de protection. Les articles, les ouvrages et les thèses portant sur le droit de la consommation vont tous contribuer à l'assise de cette idée dans le discours doctrinal (B). Et rappelons qu'une telle entreprise permet d'occulter la tension que nous avons fait émerger dans la première partie.

A. Le contexte d'adoption du code de la consommation témoin d'une réflexion centrée sur l'idée de protection du consommateur

341. - Les moments clefs. L'intervention croissante du législateur en matière de droit de la consommation va mener à la promulgation d'un code qui lui sera tout entier consacré, ce en 1993. A vrai dire, le projet est plus ancien et on se pose la question de la codification dès le

début des années 1980[941]. Après deux rapports intermédiaires rendus et trois années de travail sur le projet, le rapport final est remis à Henri Emmanuelli au cours du mois d'avril 1985 et propose un code « *bien construit* »[942]. Mais les interventions législatives importantes de 1988 et 1989 sont autant de données nouvelles qui obligent à la création d'un nouveau groupe de travail. L'éparpillement massif des textes et la complexification importante de la matière incite une nouvelle fois J. Calais-Auloy à plaider en faveur de la codification. Il expliquait en ce sens que : « *C'est ce texte unique qui est ici présenté et que nous proposons d'appeler code de la consommation. Il n'accroît nullement l'inflation législative ; bien au contraire, il se substitue à des textes nombreux et compliqués* »[943]. L'idée de protection des parties présumées faibles est très présente dans ces projets et dans cette perspective, un code de la consommation « *permettrait aux professionnels et aux consommateurs de mieux connaître le droit qui leur est applicable. Il permettrait aussi d'en comprendre le but : instaurer un équilibre dans les relations entre partenaires économiques* »[944]. Le rapport établit par la Commission pour la codification sera finalement déposé en 1990 ; on y trouve des propositions dont l'ambition est de pallier au manque de cohérence de ce droit nouveau[945].

---

[941] Le projet de codification fut initié par Catherine Lalumière peu après sa nomination au ministère de la consommation, initiative qui constitue sans nul doute son « *action la plus marquante* » (selon les termes de A. Chatriot, *loc. cit.,* in *Au nom du consommateur, op. cit.,* p. 175). Ainsi, une Commission pour la codification du droit de la consommation est créé, par un décret en date du 25 février 1982. Officieusement, cette mission avait été confiée l'année d'avant au professeur J. Calais-Auloy. Le groupe de travail existait en fait depuis le 9 décembre 1981, (V. A. Chatriot, *loc. cit.,* p. 176). Jean Calais-Auloy s'intéresse depuis le début à la question de la codification comme en témoigne ce propos tenu en 1972 lors d'un rencontre Université-Entreprise à Aix-en-Provence : « *La protection des consommateurs ne doit pas être assurée par la multiplication des textes répressifs ; mais plutôt par une simplification qui mettrait ces textes à la portée de tout citoyen normalement constitué ; par le droit reconnu aux associations de consommateurs d'agir en justice pour faire respecter la législation protectrice* », cf. J. Calais-Auloy, *La protection légale et réglementaire du consommateur. Lacunes. Excès*, in *Nouvelles Données pour un droit de la consommation,* 2ème rencontre Université-Entreprise organisée à Aix-en-Provence par l'Institut de droit des affaires et le Centre de perfectionnement dans l'administration des affaires, Paris, Dalloz, 1974, p. 49-56, p. 56 ; V. enfin G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 27

[942] Selon le point de vue de G. Raymond, V. *op. cit.,* n° 26. V. également J. Calais-Auloy, *Rapport final de la Commission de refonte du droit de la consommation,* Paris, La documentation française, 1985.

[943] J. Calais-Auloy, *Propositions pour un code de la consommation,* Rapport de a Commission de codification du droit de la consommation, Paris, La Documentation française, 1990, p. 9-10.

[944] *Ibid.* p. 25.

[945] De sorte que la secrétaire d'État Véronique Neiertz écrivait dans la préface de ce rapport qu' : « *un travail de recensement s'imposait mais aussi d'harmonisation, d'unification, de véritable droit de la consommation* », V. J. Calais-Auloy, *Ibid.* « Avant-propos », p. 5 ; J. Calais-Auloy et H. Temple insistent également sur cet aspect : « *Un second rapport fut rendu en 1990. La Commission proposait de remplacer les textes alors existant par un Code résultant d'une véritable refonte : de nouveaux textes avaient été élaborés, dans un souci de simplification et de cohérence* », *cf. op. cit.,* n° 37 ; dans le même sens, V. *Lamy de droit éco. CDC,* n° 4854 où on nous explique que le but des deux Commissions qui se sont succédées était de : « *constater les insuffisances et contradictions des lois et règlements existants, de suggérer toutes les modifications ou innovations utiles et, notamment de proposer des techniques juridiques nouvelles, particulièrement dans le domaine de la négociation collective entre professionnels et consommateurs* ».

Mais ce projet, à l'instar de celui qui lui a précédé, n'aboutira pas. Il faudra attendre 1993 pour que le code de la consommation fasse enfin son apparition. En somme, nous baignons dans une logique de protection des consommateurs, et tout le droit de la consommation se construit sur cette idée ; les projets de codification traduisent eux aussi cette hégémonie de l'idée de protection en la matière. Ajoutons enfin que le fait que les auteurs plaident pour l'adoption d'un code nouveau montre leur volonté d'éclipser la tension que nous avons mise en lumière. En effet, si les dispositifs de désengagement avaient figurés dans le code civil, cette même tension aurait sauté aux yeux[946] ! Grâce à un code qui lui est propre, l'analyse du droit de la consommation appartiendra à la sphère du droit spécial, et notre tension disparaîtra d'elle même.

342. - La loi du 26 juillet 1993 instituant le code de la consommation. Après plus de dix longues années de dur labeur, d'une réflexion intense des juristes menée par le Père du droit de la consommation, Jean Calais-Auloy, le choix se porte au final sur l'option « compilation à droit constant des textes existants », ce qui ne pouvait que décevoir la communauté des juristes qui pouvaient s'attendre à quelque chose de plus ambitieux[947]. Les articles qui commentent l'évènement sont nombreux[948]. A noter que seule la partie législative

[946] Nous y reviendrons, mais disons maintenant que la tension se voit très bien dans les projets de réforme du droit des obligations qui intègrent le désengagement.

[947] J. Calais-Auloy et H. Temple écrivent à cet égard que du fait de cette « *simple compilation, le code de la consommation reproduit les imperfections des textes antérieurs, et notamment leur manque de cohérence* », V. *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 37 ; monsieur S. Piedelièvre regrette également ce manque d'unité au sein du code : « *Cette codification est décevante à plusieurs égards. Les dispositions relatives à la protection des consommateurs ne figurent pas nécessairement dans le Code de la consommation.[…] La critique essentielle que l'on peut adresser à cette codification tient à ce que l'on a compilé différents textes qui n'avaient pas nécessairement la même philosophie, ce qui donne un corps de texte sans unité de pensée qui comporte de nombreux oublis. D'une certaine façon, il se présente comme un simple document de travail qui améliore partiellement la situation précédente, sans être porteur d''une quelconque philosophie* », *cf. Droit de la consommation, op. cit.,* n° 8 ; certains ont même récemment avancés l'idée de reprendre le projet de refonte du droit de la consommation, en ce sens D. Fenouillet et F. Labarthe (sous dir.), *Faut-il modifier le Code de la consommation ?,* Economica, 2002 ; Pour ce qui nous concerne, et de part sa conception plus nuancée, nous sommes plus séduit par la position de G. Raymond qui écrit que : « *Le code de la consommation, quelles que soient les lacunes qu'il présente, constitue une étape importante dans la construction d'un droit français de la consommation* », *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 27.

[948] V. entre autre : G. Raymond, *Bienvenue au Code de la consommation : Contrats conc. consom.* Août-septembre 1993. *Chron.* p. 1 ; *Du code de la consommation : Contrats, conc. consom.,* 1997, repères ; J. Beauchard, *Remarques sur le code de la consommation, in* Écrits à Gérard Cornu, PUF, 1994 ; J.-L. Raynaud, *À propos du Code de la consommation, Gaz. Pal. 1994,* 1, doct., p. 181 ; J.-M. Granier, *Le code la consommation, Revue Conc. consom.,* 1994, n° 77, p. 53 ; D. Bureau, *Remarques sur la codification du droit de la consommation, D.* 1994, chron. P. 291 ; G. Brabant, *L'expérience française de codification, RFD adm*. 1994, p. 663.

est adoptée en 1993[949], la partie réglementaire sera promulguée quant à elle en 1997[950]. Une décision importante de la Cour de cassation au cours de l'année 1996[951] touche à la question de l'abrogation des lois antérieures et sur ce point, les juges du droit estiment que la codification à droit constant ne modifie « *ni la teneur des dispositions transférées, ni leur portée* »[952]. Mais l'important, rappelons le, est que ce « *code n'a rien à voir avec les propositions de la Commission Calais-Auloy* »[953]. Il serait cependant erroné de soutenir que ce code ne suit aucune logique. En revanche, ce que l'on peut dire, c'est que le code ne contient pas en lui même une philosophie centrée sur la protection, et c'est cela que semblent regretter les juristes. Nous voyons donc de la sorte comment les juristes s'emploient à dissiper cette tension entre la théorie générale et le droit de la consommation, entre l'engagement et le désengagement contractuel. La protection des consommateurs paraît de ce point de vue pouvoir tout expliquer.

343. - L'ordonnancement du code de la consommation. Malgré le manque d'organisation souligné par la doctrine, nous pensons que le code de la consommation n'est pas dépourvu de toute cohérence quant à sa structure. On retrouve en effet dans le plan du code une proximité étonnante avec les droits reconnus par le président Kennedy dans son discours de 1962[954]. Si le lecteur se rappelle les quatre droits qu'évoquait justement le président américain ; à savoir le droit à la sécurité, le droit à l'information, le droit de choisir ainsi que le droit d'être entendu, il verra sans grande difficulté que la structure du code de la consommation s'en inspire largement. L'esprit consumériste américain a donc pénétré notre droit français de la consommation jusque dans la structure du code qui l'organise[955] ! Sur l'organisation à proprement parler, il faut rappeler que le code de la consommation est scindé en cinq livres. Le libre premier a trait à l'information des consommateurs[956] et à la formation

[949] Loi n° 93-949, 26 juillet 1993 : *JO* 27 juillet 1993.

[950] Décret n° 97-298, 27 mars 1997 : *JO* 3 avril 1997.

[951] *Cf.* Cass. Crim. 16 octobre 1996, *D. 1997.IR.24* ; commentaire Libchaber, *RTD. Civ.,* 1997.778.

[952] Cette décision est mentionnée dans tous les manuels de droit de la consommation, notamment ceux précités de J. Calais-Auloy et H. Temple, ou encore l'ouvrage de S. Piedelièvre, *cf. Ibid.*

[953] *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 27.

[954] V. *supra,* n° 157.

[955] Encore une fois, nous réservons les développements pour plus tard mais le lecteur aura compris l'importance de cette assertion pour la suite de la démonstration générale.

[956] On retrouve le premier droit dont parlait Kennedy : le droit à l'information.

des contrats[957] ; le deuxième livre régit les questions de conformité et de sécurité des produits et des services[958] ; le troisième livre touche à la question de l'endettement[959] ; les livres quatre et cinq portent respectivement sur les associations de consommateurs et sur les institutions qui, d'une manière générale, intéresse le droit de la consommation[960]. Tous les textes préexistants ont été insérés dans ce plan et par ce fait intégrés à ce que l'on appellera désormais le droit de la consommation, qui a acquis avec la promulgation du code une véritable d'autonomie. Mais le plus intéressant, c'est de constater que la doctrine majoritaire déplore le manque de cohérence du code de la consommation parce qu'il ne traduit pas l'idée de protection. Cela montre bien que le point de départ des réflexions doctrinales en matière de consommation est toujours la protection des consommateurs ; la protection des consommateurs est pour les juristes français la pierre angulaire du droit de la consommation.

B. Le droit de la consommation et le désengagement aujourd'hui réduits à une dimension de protection des consommateurs

344. - Propos introductif. La quasi-totalité des articles et des ouvrages défendent cette position à propos du droit de la consommation en général et sur le désengagement en particulier. Tous les dispositifs que nous avons décrits dans la première partie, et dont on a vu qu'ils ne contenaient pas explicitement l'idée, sont exposés par les auteurs comme des mécanismes de protection. Ainsi on perd de vue l'idée de tension et on se focalise sur le fait que la protection en droit de la consommation explique tout. Voyons donc à quel point l'idée de protection des consommateurs se déploie dans les travaux de la doctrine, éclipsant totalement l'idée de tension.

345. - La protection dans le démarchage à domicile. Nous avons déjà pu nous en rendre compte lors de l'étude des premiers articles consacrés à la matière[961] qui traitaient

[957] Ces règles relatives à la formation des contrats ne pourraient elles pas être rattachées au droit de choisir ?

[958] Ce qui peut être arrimé cette fois au droit à la sécurité.

[959] On comprend que le législateur ait consacré un livre entier à la question du crédit qui, comme nous l'avons vu, revêt certaines spécificités.

[960] Il est donc plutôt question, dans ces deux livres, du droit des consommateurs d'être entendu.

[961] V. *supra,* n° 345. - .

justement du démarchage, c'est l'aspect de protection qui domine. Outre donc les articles déjà cités, le lecteur trouvera partout l'idée que le démarchage est une technique de distribution agressive utilisée sur le consommateur qui est faible et qu'il faut protéger en conséquence : « *le démarchage est un procédé qui peut devenir agressif : certains démarcheurs savent forcer les portes et les consentements grâce à des discours où la vérité et le mensonge sont adroitement mêlés. Les consommateurs les plus faibles sont leurs victimes désignées : surpris chez eux, ils ne savent pas résister aux sollicitations et achètent sans réfléchir des objets inutiles et dispendieux* »[962]. La faculté de désengagement qui lui est octroyée est ainsi toujours présentée comme un mécanisme protecteur[963]. Il convient de voir ici la force d'attraction de ce discours centré sur la protection des consommateurs, qui fait graviter toute la matière autour de cette considération. Pas étonnant donc que le discours relatif aux contrats à distance n'échappe pas à cette analyse du désengagement.

346. - La protection dans les contrats à distance. C'est exactement la même articulation qui est exposée s'agissant des contrats à distance : parce qu'ils présentent des dangers pour les consommateurs, ces contrats seront soumis à un régime spécifique protecteur et au sein de ces règles protectrices, le désengagement occupe une place de choix. Mais rappelons qu'à l'instar de l'observation faite sur le démarchage, les règles contenues dans le

[962] C'est ce l'on peut lire dans l'ouvrage de MM. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 110. Ce qui correspond à la position défendue dans son article sur le démarchage. Et plus important, c'est ce que l'on peut lire presque partout : le démarchage « *comporte l'inconvénient majeur de s'imposer à lui avant qu'il n'ait manifesté un quelconque désir d'achat ou qu'il ait pu y réfléchir. (...) la loi (...) prescrit diverses mesures tendant à la protection des consommateurs* », *cf.* Lefebvre F. édition, Mémento Pratique, *Concurrence et consommation,* 2009-2010, n° 15500 ; V. encore S. Piedelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 193 : « *Les démarcheurs ont souvent des techniques de vente agressives qui forcent le consentement de nombreux consommateurs qui ne savent pas résister à l'offre qui leur est faite et qui les conduit à acquérir un bien ou un service dont ils n'ont pas l'utilité* ».

[963] La question essentielle serait dans cette perspective de savoir si « *l'institution du délai de réflexion protège les consommateurs contre les pièges du démarchage ?* », comme l'exprime J. Calais-Auloy et H. Temple, *précit.,* n° 114. Encore une fois, c'est une doctrine quasiment unanime qui plaide en faveur d'une telle conception du désengagement. En ce sens, V. S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français,* BDP, T. 284, LGDJ, 1997, préface J-P. Marty, qui dans la première thèse consacrée à la rétractation en tant que telle, défend également cette position. Elle analyse de désengagement en matière de démarchage au titre de « *La protection du consommateur en raison des techniques de distribution utilisées par le professionnel* », *cf.* p. 133-134. La même approche figure dans le Mémento Pratique F. Lefebvre, *Concurrence et consommation,* 2009-2010, n° 15870 puisque la « faculté de renonciation » accordée au consommateur y est présentée dans les développements consacrés aux « *Moyens de protection du consommateur* ». C'est ce que fait également S. Piedelièvre, V. *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 206-207. Nous renvoyons également le lecteur aux commentaires déjà cités (en particulier J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, *loc. cit.*, n° 14 ; J. Calais-Auloy, *La loi sur le démarchage et la protection des consommateurs, loc. cit.*) sur la loi de 1972 et nous rappelons que les auteurs voyaient dans le désengagement la « *pièce maitresse du dispositif de protection* ». L'expression est reprise dans le *Lamy Droit Économique, Conc. Distrib. Conso.,* 2012, V. n° 5481 sur la faculté de renonciation analysée dans une section relative au « *dispositif de protection des personnes démarchées* ».

code de la consommation ne contiennent pas expressément l'idée de protection, cette dernière demeure le fruit d'une interprétation par la doctrine des dispositifs contenus dans le code. Quelques citations permettent là encore de prendre toute la mesure du discours protectionniste et qui témoignent de la grande proximité avec l'analyse qui est proposée s'agissant du démarchage : « *La vente à distance présente, pour les consommateurs, des avantages indéniables (…) Mais elle comporte aussi plusieurs inconvénients* »[964]. Et c'est toujours eu égard aux dangers auxquels il est exposé que le consommateur disposerait d'un droit de rétractation : « *Pourquoi accorder un droit de retour au consommateur ? Parce que, dans les ventes à distance, l'acheteur passe commande sur la foi de simples images ou descriptions, et qu'il risque donc de recevoir un objet ne correspondant pas à ce qu'il attendait. C'est après la livraison qu'il pourra juger le produit* »[965]. Il y a donc un risque, un danger, une menace à l'origine du dispositif de désengagement en matière de vente à distance ; telle est la conception dominante et donc défendue par une grande majorité d'auteurs[966]. Précisons enfin

[964] V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 96 et ce sont ces inconvénients qui justifient la « *nécessité d'un protection* », comme l'écrivent les auteurs. Dans le même sens, *Lamy Droit Économique, Conc. Distrib. Conso.,* 2012, V. n° 5574 : « *Les contrats à distance reposent sur une forte sollicitation du consommateur sans que celui-ci ait la possibilité de jauger le produit ou le service. Il apparaît comme un juste équilibre que le consommateur ait un droit de retour dans un délai raisonnable après la réception* ».

[965] C'est donc clairement l'aspect protecteur du dispositif qui est mis en avant. D'ailleurs, une remarque s'impose : les auteurs analysent toujours les dispositifs à l'aune de la nécessité de protéger le consommateur. Cela explique bien la déception desdits auteurs lorsque un dispositif de désengagement est octroyé en l'absence de « dangers » pour le consommateur. Ils écrivent ainsi à propos du droit de rétractation dans les prestations de services à distance que : « *on comprend que le consommateur, ayant acheté un objet à distance, ait le droit de renvoyer celui-ci après l'avoir reçu et avoir pu l'examiner. On comprend moins que le consommateur, après avoir commandé un service à distance, puisse se rétracter. Il ne connaît pas mieux le service après la commande qu'il ne le connaissait avant. Il ne le connaîtra qu'une fois l'exécution commencée ; paradoxalement, il est alors privé du droit de rétractation. Le droit de renoncer à la commande pendant sept jours se justifie pour le démarchage, en raison des pressions que savent exercer les démarcheurs. Il est difficilement justifiable pour les contrats à distance, le consommateur ayant eu tout loisir de réfléchir avant la commande* », *cf.* J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 107. V. aussi sur ce point M. Roussille, *Démarchage et services financiers à distance : quelle protection pour le consommateur ?, Contrats, Conc., Consom.* 2010, p. 16. Peut être que, malgré ce que l'on nous explique, d'autres explications légitiment l'existence d'un droit de se désengager.

[966] V. entre autre, S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français, op. cit.,* p. 135-136 : « *cette nouvelle forme de distribution suscita de graves inquiétudes. Celle-ci, en effet, comme toutes les opérations de vente à distance, constitue un procédé de distribution particulièrement attentatoire à la liberté du consentement parce que le consommateur ne voit l'objet que par le truchement d'une image. De plus, en ce qui concerne le télé-achat, la tentation est accrue par les propos du présentateur. Le risque d' « achats d'impulsion » fut perçu comme tel et une intervention législative s'ensuivit. (…) Ainsi (…) pour toutes opérations de vente à distance, l'acheteur (…) dispose d'un délai (…) pour faire retour de ce produit* » ; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 235 : « *Le législateur a considéré que l'apparition de ces nouvelles techniques de communication et d'échange ne devait pas avoir pour conséquence de réduire, voire de supprimer la protection accordée aux consommateurs* ». Les facultés de rétractation sont également envisagées au titre des « *mesures de protection* », V. n° 262 et s. ; Y. Dagorne-Labbe, *Une exception au droit de rétractation de l'acquéreur à distance, D.* 2011, p. 802 : « *La vente à distance n'est pas sans risque pour le consommateur. C'est pourquoi le législateur a, par l'intermédiaire de l'art. L121-20 prévu dans cette hypothèse une faculté de rétractation au profit de l'acheteur* ». ; également G. Paisant, *La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le « télé-*

que le commerce électronique (qui est une forme du contrat à distance) fait l'objet d'une analyse similaire, centrée sur l'aspect protecteur du dispositif[967]. C'est donc une véritable tradition du droit français que de voir dans le droit de la consommation un ensemble de dispositions protectrices.

347. - La protection en matière de crédit. L'explosion du crédit doit être rattachée à celle de la société de consommation dans la mesure où le crédit a justement vocation à soutenir (voir à encourager) la consommation. Or, à l'instar de tout ce qui a été constaté jusqu'ici, le crédit est toujours présenté comme quelque chose de dangereux pour les consommateurs en situation de faiblesse[968]. Le désengagement, dans cette optique, est à nouveau réduit à sa dimension de protection : « *Ce délai de réflexion, qui rappelle celui accordé en cas de démarchage, constitue l'une des pièces maîtresses du système de*

---

achat », JCP G. n° 38, 1988, I 3350 qui estime que le consommateur « *qui, dans une vente à distance, na pas pu voir l'objet qu'il acheté ou ne l'a observé qu'imparfaitement par le truchement d'un catalogue ou d'une émission de télévision, doit pouvoir se rétracter si la chose qui lui a été finalement livrée ne correspond pas à son attente (...) l'octroi d'une telle faculté est devenu un mode parmi d'autres de protection du consommateur en droit contemporain* », *cf.* n° 5.

[967] V. par exemple J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 102 : « *La directive de 2000, suivie par la loi française de 2004, cherche à les protéger contre les dangers particuliers de ce type de commerce et à vaincre par là leurs craintes et leurs hésitations. Certes, les contrats passés par la voie électronique entrent dans la catégorie plus vaste des contrats à distance, ce qui les soumet, dès lors qu'ils sont conclu entre professionnels et consommateurs, aux règles protectrices édictées pour de tels contrats, notamment celles concernant l'information du consommateur et son droit de rétractation* » ; V. aussi J. Passa, *Commerce électronique et protection du consommateur, D.* 2002, p. 555 qui analyse le mécanisme comme toujours dans « *le dispositif de protection* » et qui soutient que : « *le cœur du dispositif de protection du consommateur partie à un contrat conclu à distance tient dans el droit de retour appelé aujourd'hui droit de rétractation. Ce droit (...) trouve son fondement dans l'idée que le consommateur n'est pas en mesure, au vu d'images ou de descriptions le plus souvent flatteuses, d'apprécier véritablement le produit ou service avant de se décider et d'exprimer son acceptation par l'emploi d'une technique de communication à distance* », *cf*. p. 558 ;

[968] V. par exemple Y. Auguet, *Droit de la consommation,* Ellipses 2008, p. 277-278 qui explique à propos des contrats de crédit qu'ils : « *ont été rapidement encadrés pour pallier la faiblesse du consommateur vis-à-vis des établissements de crédit, voire simplement vis-à-vis de lui-même, pressé qu'il est parfois de consommer) tout prix. (...) Si le crédit à la consommation est d'abord « un prêt de somme d'argent » relevant des articles 1905 et s. du code civil, son originalité tient à l'existence de règles dérogatoires au droit commun, destinées à protéger le consommateur afin qu'il ne s'engage pas de manière irraisonnée* » ; V. aussi S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français op. cit.,* qui voit dans le crédit opération dont la nature justifierait l'octroi d'un droit de rétractation, *cf.* p. 130 ; dans le même et de manière particulièrement significative, V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 345 : « *Originairement, le droit du crédit a été élaboré en considération des dangers courus par celui qui fait crédit et des garanties qu'il faut lui accorder. Puis, il est apparu que des dangers plus graves encore, quoique d'une autre nature, guettent l'utilisateur du crédit, spécialement lorsqu'il est un consommateur. L'opération de crédit met une entreprise aux puissants moyens financiers et intellectuels en face d'un particulier que les facilités du crédit poussent parfois à des achats inconsidérés et qui n'est pas apte à discuter les conditions du crédit. Ce déséquilibre contractuel peut entraîner des conséquences dramatiques pour les consommateurs disposant de faibles ressources* ».

protection »[969], l'expression est devenue familière… Quoiqu'il en soit, tous ces écrits sont en harmonie avec la majorité des travaux qui ont été menés en matière de droit de la consommation.

348. - Le désengagement dans les ouvrages de théorie générale du contrat. Nous avons montré que le phénomène du désengagement était occulté dans les ouvrages de droit civil mais qu'il n'était plus possible de l'ignorer totalement. Or, dans une présentation synthétique de ces dispositifs, la doctrine réduit toujours ces dispositifs à leur dimension de protection et invoque toujours le caractère « spécial » du droit de la consommation, ce qui rappelons-le permet de dissoudre la tension de manière très efficace. Dans cette optique, il a été écrit que « *Les divers textes qui, directement ou indirectement, tendent à assurer au consommateur un consentement éclairé (par l'information) et librement réfléchi (par la protection) constituent du droit spécial. En droit français, ce caractère spécial se manifeste notamment par l'insertion de ces textes, non dans le Code civil, mais dans le code de la consommation ; il n'en demeure pas moins qu'ils affectent une part très importante du commerce, et donc des contrats* »[970]. Cette sentence illustre parfaitement selon nous le malaise éprouvé par la doctrine lorsqu'elle se heurte au droit de la consommation. Nous voyons très clairement ici la volonté de marquer la différence avec la théorie générale (le droit de la consommation relève du domaine du spécial), mais l'impossibilité de ne pas voir l'influence de ces dispositifs sur elle[971]. Le doyen Carbonnier opérait un peu de la manière puisqu'il écrivait que « *les droits légaux de repentir que, sous des rubriques diverses, connaît notre droit positif paraissent avoir un même but social, qui est de protéger des contractants non professionnels contre des combinaisons facilement captieuses* »[972]. L'effet produit est toujours le même, la tension que nous avons mise en lumière dans la première partie n'est plus une tension. Le désengagement devient une technique permettant d'adapter le droit des contrats à une situation spécifique qui révèle un rapport inégalitaire. Dès lors le

[969] J. Calais-Auloy et H. Temple, *précit.,* n° 356 ; dans le même esprit, S. Piedelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 322 affirme que le délai de repentir opérait « *toujours dans un but de protection, avec une nouvelle fois la volonté de faire réfléchir le consommateur* » ; V. aussi Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Concurrence, consommation,* 2009-2010, n° 10680 : « *Afin d 'assurer une meilleure protection de l'emprunteur le législateur lui a accordé un délai de réflexion pendant lequel il a la possibilité de renoncer respectivement au crédit* ».

[970] *Cf.* Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations,* 12ème éd., LexisNexis, 2012, n° 240.

[971] Nous y reviendrons mais les auteurs n'hésitent pas à parler de « perversion » du droit commun par le droit de la consommation. *Cf. ibid.*

[972] *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.* Vol. II, n° 1030.

désengagement n'a sa place que dans un rapport contractuel particulier et certainement pas une technique du droit des contrats en temps normal. Pour le formuler autrement et pour reprendre une distinction familière aux juristes, l'engagement serait un *essentialia* dans le droit des contrats, le désengagement ne serait lui qu'un simple *accientalia.* Cette présentation du droit de la consommation se retrouve dans les principaux ouvrages de droit des obligations[973], ce qui nous permet de dire que la doctrine occulte bien une tension qui habite le droit des contrats pris comme un tout, ce qui obéit précisément au principe d'une théorie générale.

349. - Le désengagement, un mécanisme de protection. Ainsi, à chaque fois que le législateur a octroyé au consommateur un droit de se désengager, la doctrine l'a conceptualisé comme un mécanisme ayant vocation protéger la partie faible au contrat, soit le consommateur. Nous l'avons vu, le raisonnement est toujours le même : telle pratique présente des risques pour le consommateur qui par surcroît subi un déséquilibre structurel, donc il faut le protéger et c'est précisément ce que fait le législateur en prévoyant un droit pour le consommateur de se désengager. Tel est le discours qui s'est formé à partir d'études spécialement centrées sur le démarchage, ou sur les ventes à distance, ou sur le crédit… Et logiquement, la même approche est défendue dans les études « globales » sur le désengagement, en général[974]. Une telle approche de la matière fait perdre de vue l'idée d'une tension. C'est une logique implacable qui semble l'innerver : la société de consommation explose dans les années 1970, avec les dérives que cela implique et dont les gens ont désormais conscience. Le droit de la consommation apparaît dans cette optique comme un outil au service de cette protection et donc le désengagement est un mécanisme protecteur, qui

[973] Nous ne les citerons pas tous mais V. entre autre Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.,* n° 521 ; également F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 263 et 480.

[974] V. par exemple l'article de R. Baillod, *Le droit de repentir, loc. cit.,* qui envisage clairement le désengagement comme un mécanisme protecteur ; V. aussi Ph. Brun, *Le droit de revenir sur son engagement, Droit et Patrim.* 1998, p. 78 et s., l'auteur voit dans le mécanisme une « *faveur pour les faibles* » répondant à cette « *idée d'assurer la protection de la partie faible en lui octroyant un droit de repentir* », *cf.* p. 80, ainsi que p. 82 : « *Chacun comprend l'idée générale qui sous-tend ce mécanisme : il s'agit de protéger le consommateur contre ses propres impulsions, et surtout contre les sollicitations agressives dont il est parfois l'objet* » ; également en ce sens, E. Bazin, *Le droit de repentir en droit de la consommation, D.* 2008, p. 3028 ; V. aussi J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* n° 921 : « *Les droits légaux de repentir que, sous des rubriques diverses, connaît notre droit positif paraissent avoir un même but social, qui est de protéger des contractants non professionnels contre des combinaisons facilement captieuses* » ; V. enfin G. Paisant, *La rétractation du consommateur en droit français, in* E. Terryn, *Le droit de rétractation, Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge,* Contrats & Patrimoine, éd. Larcier, 2008, p. 65 : « *Ainsi présenté, le droit de se rétracter apparaît comme un mode de protection du consentement dont on peut craindre que, dans certaines situations, le consommateur ne l'ait pas exprimé de manière suffisamment réfléchie* ».

constitue un exemple significatif de cette cohérence d'ensemble[975]. Le discours relatif au droit de la consommation est donc bel et bien articulé autour de cette idée qui domine incontestablement la doctrine française, idée selon laquelle le droit de la consommation procède d'une logique de protection[976]. Nous en revenons ainsi à la définition du droit de la consommation traditionnelle dont nous étions partis : « *Nom donné à l'ensemble des lois spéciales destinées à assurer la protection du consommateur*… »[977]. Il n'est pas possible de voir la tension au travers d'une telle définition.

350. - En somme. Insister sur le particularisme du droit de la consommation permet de conjurer l'existence de dispositions qui s'opposent à l'échelle de la théorie contractuelle ; l'occultation a lieu *a priori*. Les règles du droit de la consommation sont des règles « spéciales »[978] et la tension va être résolue, très simplement, par l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*. Puisant dans les dispositions de l'article 1107 du code civil[979], la doctrine admet que certains contrats, de part leur particularisme important, se voient appliqués un régime dérogatoire au droit commun[980]. Dans cette logique, le

[975] Certes notre thèse a pour objet le désengagement, ce qui nous a conduit à concentrer nos efforts sur la question des « droits de repentir ». Mais on peut rapprocher ce mécanisme de l'information des consommateurs qui constitue l'autre technique caractéristique du droit de la consommation et qui à l'instar du désengagement est toujours conceptualisée à l'aune de considérations protectrices.

[976] Reprenez les mots de J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.* : « *Ensemble des règles régissant les relations entre professionnels et consommateurs et visant plus particulièrement la protection de ces derniers, le droit de la consommation a connu au cours des dernières années, un développement considérable* », *cf.* Quatrième de couverture ; V. aussi l'introduction non équivoque de la matière : « *la relation entre professionnel et consommateur est naturellement déséquilibrée. (…) Les professionnels sont, par la nature des choses, en position de supériorité, et que les consommateurs risquent d'en être les victimes. (…) C'est à partir des années 60 que les consommateurs posèrent, à leur tour, un problème de société. (…) Ainsi apparaît la nécessité de protéger les consommateurs (…) Les dangers de la société de consommation furent d'abord dénoncés aux États-Unis (…) Quelques années plus tard, les pays d'Europe occidentale ont eux aussi pris conscience des dangers courus par les consommateurs* », *cf.* n° 1. On retrouve une telle présentation dans tous les manuels, ou presque. Par exemple S. Piedelièvre, quatrième de couverture : « *Cet ouvrage expose de manière exhaustive le droit de la consommation qui a pour objectif de remédier à l'infériorité contractuelle de l'une des parties* » ; V. aussi S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français, op. cit.,* p. 129 et s. ; toujours dans le même sens, *Lamy de droit économique, op. cit.,* en particulier n° 4852.

[977] Il s'agit, rappelons le, de la définition proposée dans le *Vocabulaire juridique* de Cornu. Nous rappelons également qu'une entrée est consacrée à la « protection des consommateurs », ce qui est une nouvelle preuve de notre conception de la matière.

[978] Ajoutons que le lecteur se reportera utilement à la définition du droit de la consommation que nous venons de rappeler. V. le *Vocabulaire juridique* de Cornu.

[979] Au terme duquel « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce* ».

[980] Sur ce point, V. par exemple P.-H. Antonmattei, et J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux,* 6ème éd., Litec, 2008, n° 5 : « *Des contrats, comme le contrat de travail ou le contrat d'assurance, ont acquis une telle*

désengagement apparaît comme un mécanisme dérogatoire au droit commun, à la théorie générale du contrat[981]. Quoiqu'il en soit, il y a là un moyen efficace d'occulter la tension que nous avons mise en lumière : comment peut-on s'étonner du fait qu'un droit spécial déroge à la théorie générale ? L'évidence d'une telle assertion permet d'emblée de rejeter notre proposition ! Nous verrons cependant qu'une telle posture ne va pas sans poser de difficultés.

351. - Transition. La doctrine occulte au sens figuré l'opposition qui anime le droit des contrats : elle essaye d'intégrer le désengagement dans la théorie générale du contrat. Le lecteur aura compris que nous faisons ici référence à la question de la nature du désengagement. Soulignons un point étonnant, les mêmes auteurs insistent d'un côté sur le particularisme du droit de la consommation, sur son aspect dérogatoire ; mais dans le même temps, ils font tout pour faire entrer le désengagement dans la théorie générale du contrat. N'y a-t-il pas dans cette démarche un paradoxe ? A vrai dire, cela semble plutôt témoigner d'une méthode particulière de faire du droit, les auteurs, lorsqu'ils font du droit spécial, mobilisent toujours des concepts de droit civil. Nous reviendrons sur ces considérations dans le second titre[983].

---

importance et présentent de telles spécificités, qu'ils fondent l'existence de branches juridiques distinctes ». V. également J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 934.

[981] Nous ne revenons pas ici sur le débat qui existe à propos de la distinction entre droit commun et théorie générale, développée notamment par E. Savaux, V. *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* BDP, T. 264, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert. Nous les prenons ici comme des synonymes ; seule compte l'idée que le désengagement déroge au droit civil qui organise un droit de l'engagement.

[983] V. *infra,* n° 442. -

Section 2
L'occultation par le travail sur la nature des dispositifs

352. - Les ressources de la théorie générale du contrat. La doctrine cherche **à** établir la nature des dispositifs caractéristiques du désengagement en puisant **à** la théorie générale du contrat. Le système de droits protecteurs du consommateur qui entre pourtant *a priori* « *en conflit avec le système civiliste* »[984] (ce qui rejoint l'idée de tension[985]) va se trouver fondu au sein de la théorie générale dans le but de ne faire plus qu'un avec elle. Dès lors, la tension entre engagement et désengagement contractuels aura disparu. En effet, le désengagement dont on pouvait penser qu'il perturbait la théorie générale vient être expliquée par celle-ci. L'opération par laquelle est attribuée la nature juridique des dispositifs du désengagement recouvre le phénomène d'opposition des droits contractuels. Elle se présente comme de mode de résolution d'un conflit théorique.

353. - Le conflit théorique. F. Ost lors d'une conférence prononcée le 17 février 2006 à l'occasion du séminaire d'ouverture de l'École doctorale en sciences juridiques de la Communauté française de Belgique et intitulée *La thèse de doctorat en droit, du projet à la soutenance*[988]. Il rapporte à cette occasion des propos figurant dans l'un de ses ouvrages « phare », *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*[989], propos qui nous ont été particulièrement utiles et éclairants : « *les chercheurs appartenant à une discipline ou sous-discipline adhèrent à un cadre théorique commun qui, « pour un temps au*

[984] *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 921.

[985] En tout état de cause et malgré une formulation différente, l'idée d'un conflit se rapproche de celle de tension. En effet, lorsque le doyen Carbonnier affirme qu' « *au flanc de notre système civil d'obligations a été accroché un système autopoïétique dont on ignore comment il pourra être maitrisé* », le droit de la consommation (et donc le désengagement) apparaît bien comme un ensemble de dispositifs perturbateurs. Ajoutons également qu'en plus de confirmer l'idée d'une tension au sein du droit des contrats, une telle affirmation donne du crédit à notre choix qui a été de travailler le droit de la consommation (et pas le droit des assurances, ou le droit du travail, etc.).

[988] V. http://www.ecoledoctorale-droit.be/documents/texteinauguration.pdf.

[989] *Cf.* F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

moins, leur fournit des problèmes-types et des solutions ». L'accord se fait autour d'un paradigme qui, à la manière d'une carte ou d'une boussole, oriente les recherches et suggère les voies de solution. Un jour cependant se produiront des anomalies – des faits d'observation qui ne cadrent plus avec le modèle explicatif – qui, si elles se multiplient, provoqueront la mise en cause du paradigme dominant »[990]. Et c'est précisément ce sentiment que nous voulions traduire dans la première partie ; le désengagement apparaît clairement au contact de la théorie générale comme « anomalie ». Et comme l'indique de manière éloquente l'auteur précité, le risque n'est pas des moindres puisque c'est la pérennité de la théorie générale qui est en jeu.

354. - Deux grandes tendances. Ainsi les juristes se sont attelés à la rationalisation du désengagement contractuel et à son intégration dans la théorie générale du contrat. Pour ce faire, deux options étaient envisageables. D'abord il a pu être avancé que le désengagement devait entrer dans le processus de formation du contrat. Mais cette analyse n'a pas fait l'unanimité et a même été rejetée par la Cour de cassation. Dès lors, d'autres auteurs ont voulu analyser le mécanisme au stade de l'exécution du contrat[991]. C'est ce point de vue qui semble aujourd'hui le plus pertinent[992]. Après avoir consacré un court paragraphe sera consacré aux questions de terminologie (§1), nous reviendrons ensuite sur la question de l'intégration du désengagement à proprement parler (§2).

[990] *Cf. ibid.,* p. 13.

[991] Soulignons dès maintenant que les juristes lisent le droit de la consommation et ses dispositifs caractéristiques à la lumière du droit civil, reprenant une distinction devenue classique entre la formation du contrat et l'exécution du contrat. Or cette approche de l'institution contractuelle a du mal à s'appliquer dans droit de la consommation, où ces deux phases ne se distinguent plus aussi nettement. Comme si les mécanismes propres au droit de la consommation, tel que les obligations d'information, les délais de réflexion et les droits de rétraction (sur cette distinction, V. *infra,* n° 359. -), finissaient par dissoudre ce dualisme.

[992] Encore une fois, nous avons dit « le plus pertinent » car même au stade de l'exécution, le désengagement a du mal à trouver sa place.

§ 1. Problèmes de terminologie liés à la notion de désengagement contractuel

355. - **Plan**. Il nous faudra nécessairement présenter au lecteur une distinction importante faite par la doctrine entre les droits de rétractation et les délais de réflexion (B). Avant cela, il conviendra de revenir sur les problèmes liés à la terminologie employée par le législateur, souvent approximative et qui justifie précisément l'intervention de la doctrine (A).

A. La diversité des termes désignant un seul et même phénomène

356. - **Idées directrices.** Lors de l'étude du désengagement en droit de la consommation, nous avons essayé d'exposer toutes ces règles qui prévoient en faveur du consommateur la faculté de changer d'avis. Et le terme « désengagement » nous a paru le plus apte en rendre compte du phénomène en général. Mais il ne faudrait pas oublier que, finalement, c'est à « *une collection désordonnées de phénomènes positifs* »[993] que nous avons dû faire face.

357. - **Diversité du vocabulaire employé.** Les expressions qui ont été utilisées dans les dispositifs pour désigner la possibilité de se désengager sont nombreuses. Et cela n'aide pas vraiment pour la compréhension globale du mécanisme. Ainsi le législateur, pour parler de ce que nous avons appelé le désengagement, évoque successivement « *un délai pour exercer son droit de rétractation* »[994], puis une « *faculté de renonciation* »[995], de « *droit de*

[993] L'expression est empruntée à S. Pimont, *Critiques des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français, R.J.T,* 44-3, 2010, p. 139.

[994] C'est l'article L. 121-20 du code de la consommation concernant le désengagement en matière de ventes de biens et prestations de services à distance. Notons qu'il utilise cette même expression pour désigner la faculté de se désengager dans les contrats à distance portant sur des services financiers (*cf.* L. 121-20-12 du code de la consommation). Nous retrouvons le concept de « rétractation » dans l'art. 121-69, relatif aux contrats d'utilisation de biens à temps partagé, contrats de produit de vacances à long terme, contrats de revente et contrats d'échange.

[995] V. art. L. 121-25 du code de la consommation pour le désengagement en matière de démarchage. On peut souligner au passage que le manque de rigueur du législateur s'agissant de la terminologie employée se fait ici particulièrement sentir. En effet, alors qu'il fait partir le délai de renonciation à compter de l'engagement, le

revenir sur son engagement »[996] ou encore de « *droit de résiliation* »[997]. En somme, de nombreuses expressions sont utilisées pour désigner des facultés similaires. On ne comprend pas vraiment ce qui justifie la différence du vocabulaire employé et les auteurs déplorent ce manque de rigueur depuis bien longtemps[998]. Et c'est précisément le constat des nombreuses approximations du législateur qui a incité les auteurs à mettre de l'ordre dans ce « *magma confus* », en vue d'en faire « *une source claire* »[999]. La doctrine, finalement, a soutenu l'idée que derrière la multitude des dispositifs se cachaient deux techniques, proches l'une de l'autre sans doute, mais à ne pas confondre. Nous faisons évidemment référence ici à la distinction entre les délais dits de « réflexion » et les droits de « rétractation », également appelés « droits de repentir » ; détaillons donc maintenant les contours de cette distinction.

B. La distinction entre les délais de réflexion et les droits de rétractation

358. - Précisions. Si les expressions utilisées pour désigner le désengagement sont comme nous l'avons vu assez nombreuses, le législateur aurait en fait eu recours à deux techniques, proches quant à leur esprit mais différentes du point de vue de leur mise en œuvre. Pour présenter cette distinction, nous proposons de manière assez classique d'en présenter les points communs (1) et les différences (2).

---

législateur interdit au travers de l'article suivant l'obtention de tout engagement. Il y a là une contradiction manifeste.

[996] Il s'agit de l'expression que l'on trouve dans la loi du 23 juin 1989, relative au courtage matrimonial.

[997] Selon les termes de l'art. . 444-8 du Code de l'éducation, octroyant au consommateur un droit de changer d'avis lors de la conclusion d'un contrat d'enseignement à distance.

[998] Toutes les études consacrées au désengagement soulignent ces difficultés. V. par exemple R. Baillod, *Le droit de repentir, loc. cit.,* : « *La recherche du mécanisme du droit de repentir est rendue malaisée par le « flou » de la terminologie employée. (…) Ce flottement de terminologie de base se retrouve à propos de l'incidence du droit de repentir sur l'acte juridique concerné…* » ; V. aussi Ph. Brun, *Le droit de revenir sur son engagement, loc. cit.,* p. 81 ; V. aussi E. Bazin, *Le droit de repentir en droit de la consommation, loc. cit.*

[999] L'expression a été formulée par J. Carbonnier qui écrit que : « les facultés de droit justifient ainsi leur existence en faisant d'un magma confus une source claire », *cf.* Préf., dans *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin (Mélanges dédiés à Michel Jeantin),* Paris, Dalloz, 1999, p. XX.

1. Points communs entre délais de réflexion et droits de rétraction

359. - Une logique similaire. La confrontation des deux techniques que sont les délais de réflexion et les droits de rétractation met en lumière des points communs, et heureusement pour nous, dans la mesure où nous avons réuni l'ensemble de ces dispositifs sous l'idée du désengagement[1000]. Mais nous avons des arguments qui permettent de légitimer notre choix. Le premier est que ces deux techniques sont innervées par une logique très proche. En effet, l'idée est toujours la suivante : un consommateur souhaite réaliser l'un des contrats dont le régime prévoit soit un droit de réflexion, soit un droit de rétraction. Ce consommateur, bien décidé à s'engager, rencontre un professionnel et s'accorde avec lui pour la conclusion du contrat projeté. Alors dans les deux cas, l'engagement du consommateur ne sera pas définitif, ce dernier aura toujours, pendant un certain délai, se « désengager » des obligations auxquelles il a souhaité un temps se soumettre. C'est donc en définitive, et conformément à l'idée que nous avons formulée dans le premier titre de la première partie, l'idée de « désengagement » qui unit ces deux techniques que sont les délais de réflexion et les droits de repentir. Autrement dit, c'est la possibilité de changer d'avis inhérente à ces mécanismes qui permet de les rapprocher conceptuellement l'un de l'autre. Leur proximité se retrouve d'ailleurs dans le discours doctrinal qui voit dans le recours à ces techniques des moyens de protection des consommateurs[1001]. Nous ne pouvons nous joindre pleinement à cette proposition qui nous paraît réductrice ; en revanche, il nous semble parfaitement juste de soutenir que les objectifs visés par ces mécanismes permettent également de les rapprocher, mais nous réservons cette idée pour plus tard[1002]. Cette proximité observable s'agissant de la philosophie de ces techniques se retrouve dans la mise en œuvre desdites techniques.

[1000] Rappr. J. Ghestin (sous la dir.), *Traité de Droit civil La formation du contrat,* 3ème éd., LGDJ, 1993, p. 153 : « *Si l'on écarte ce lien mystique qui résulterait de l'accord des volontés, il n'y a plus grande différence entre le délai de réflexion et le délai de rétractation. Dans les deux cas, il s'agit de rendre la volonté impuissante à faire naître un engagement obligatoire définitif avant l'expiration d'un certain délai* ».

[1001] V. sur ce point, G. Paisant *La rétractation du consommateur en droit français, in* E. Terryn, *Le droit de rétractation, Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge,* Contrats & Patrimoine, éd. Larcier, 2008, p. 66 : « *Précisément, pour une meilleure protection, la communication de ces informations peut s'accompagner d'un temps de réflexion destiné à permettre à l'intéressé d'apprécier l'opportunité de s'engager ou non dans les conditions décrites* ».

[1002] V. *infra,* n° 390. - et s.

360. - Les conditions d'exercice de ces techniques. La possibilité de changer d'avis, de se « désengager », qui est offerte au consommateur par le biais des délais de réflexion et des droits de rétractation, s'exerce dans des conditions semblables. Dans tous les cas en effet, le droit de se désengager est d'ordre public, unilatéral, discrétionnaire et gratuit. Ainsi et sauf exceptions prévues par le législateur, le consommateur ne peut pas renoncer à ce droit qui lui est offert. Mais le caractère d'ordre public se vérifie également eu égard aux sanctions, puisque toute clause contraire, qui priverait le consommateur de son droit, ou qui rendrait sa mise en œuvre plus complexe serait réputée non écrite. Le second point à souligner est le caractère unilatéral de ce droit[1003], qui ne bénéficie qu'au seul consommateur, le professionnel lui, ne pouvant pas revenir sur son engagement. L'autre caractéristique commune aux délais de réflexion et aux droits de rétractation tient au fait qu'ils s'exercent de manière discrétionnaire ; en d'autres termes, le consommateur n'a jamais à donner au professionnel les raisons qui motivent leur décision de se désengager[1004]. Enfin, le désengagement du consommateur est gratuit. A tous le moins, aucune contrepartie financière ne peut être exigée sur le fondement du désengagement[1005]. Comme nous pouvons nous en rendre compte, ces deux mécanismes ne sont donc pas déconnectés l'un de l'autre, c'est même le constat inverse qui s'impose : les délais de réflexion et les droits de rétractation traduisent tous les deux une logique du désengagement et par surcroît, leur mise en œuvre présente maintes similarités. Sur quel fondement, dès lors, faut-il les distinguer ?

[1003] La possibilité de se désengager est ainsi un acte juridique unilatéral, émanant d'une seule personne, d'une volonté unique : celle du consommateur. Tous les ouvrages et tous les articles exposent ces caractères, rappr. également la définition de G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.* : « *Manifestation de volonté contraire...* ».

[1004] A cet égard, la Cour de Justice des Communautés Européennes a pu préciser, dans l'arrêt *Travel Vac* (C-423/97) du 22 avril 1999, que le consommateur n'avait pas à démontrer une manipulation de la part du professionnel. V. sur ce point G. Paisant, *La rétractation du consommateur en droit français, in* E. Terryn, *Le droit de rétractation, Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge,* Contrats & Patrimoine, éd. Larcier, 2008, p. 72 ; V. pour une analyse plus détaillée L. Bernardeau, *Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97*, *JCP* G. 2000, p. 623. Ainsi, la doctrine voit généralement du « potestatif » dans les dispositifs de désengagement, en ce sens que la mise en œuvre desdits dispositifs ne dépend que de la volonté du consommateur.

[1005] Ce qui ne veut pas dire qu'aucune somme d'argent ne peut être exigée par le professionnel. Ce que signifie cette gratuité, c'est que le professionnel ne peut en aucun cas s'enrichir du fait du désengagement.

2. Fondement de la distinction entre les délais de réflexion et les droits de rétractation

361. - L'interdiction de l'acceptation. Quelque soit le procédé utilisé, il est toujours question de permettre au consommateur de changer d'avis, ce la pendant un certain délai qui varie selon le dispositif envisagé. Mais comme la doctrine « *n'a pas manqué de souligner que la technique du droit de repentir relevait d'un autre ordre que celle du délai de* réflexion »[1006]. Ce qui permet de différencier les délais de réflexion des droits de rétractation, c'est **l'interdiction pour le consommateur d'accepter l'offre qui lui est faite**. Lorsque l'interdiction existe, on parlera d'un délai de réflexion, dans le cas contraire, c'est d'un délai de rétractation dont il s'agira[1007]. Il n'y a donc pas vraiment de difficulté de compréhension ici, soit la « protection »[1008] à lieu en amont du contrat, soit elle opère à l'intérieur d'un contrat formé[1009]. quelques exemples permettront toutefois de percevoir plus concrètement le fondement de cette distinction.

362. - Illustrations de la distinction. Rappelons par exemple les règles qui régissent le contrat d'enseignement à distance, et en particulier le premier alinéa de l'article L. 444-8 du code de l'éducation qui dispose qu' « *à peine de nullité, le contrat ne peut être signé qu'au terme d'un délai de sept jours après sa réception* ». Difficile d'être plus clair, le consommateur qui s'engage dans un tel contrat ne peut pas accepter valablement l'offre qui lui est faite, ce pendant toute la durée du délai prescrit. Dans le même esprit, remémorons nous cette disposition qui prévoit dans le contrat de crédit immobilier que « *L'offre est*

[1006] Ces sont les mots de Ph. Malinvaud et D. Fenouillet que nous reprenons là, *cf. Droit des obligations, op. cit.,* n° 239.

[1007] Soulignons que certains auteurs parlent dans tous les cas d'un délai de réflexion, qui opérerait avant ou après la formation du contrat. V. par exemple V. Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D.* Chron. VIII. p. 28 : « *le mécanisme du délai de réflexion, (fait) apparaître la double physionomie de ce dernier : délai de réflexion en faveur du consommateur, d'une part, avant que son consentement ne soit exprimé ; délai de réflexion d'autre part, une fois l'échange des consentements réalisé, afin que le consommateur rétracte son propre consentement* ». Mais une telle conception engendrerait selon nous des risques de confusions.

[1008] Dans une optique classique puisque nous montrerons que les dispositifs de désengagement se fondent sur d'autres considérations, V. *infra,* n° 390. - et s.

[1009] Attention cependant, des auteurs ont vu dans les droits de rétractation des mécanismes opérant également au stade de la formation du contrat. La distinction entre les délais de rétractation et de réflexion ne peut s'appliquer au sein d'une telle conception.

soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi.»[1010]. Certes le législateur ici parle d'un délai qui commence à courir au moment de l'acceptation, mais on ne doit pas pour autant perdre de vue le fait que cette acceptation ne produira juridiquement aucun effet avant l'expiration du délai. Finalement, si nous admettons sans peine le principe de la distinction, qui n'est pas discutable, nous souhaitons insister pour ce qui nous concerne insister sur ce qui lie ces mécanismes plutôt que sur ce qui les sépare. A cet égard, nous rappelons que ces deux mécanismes permettent à un consommateur de changer d'avis, c'est bien cela qui les rapproche. Ce rapprochement explique d'ailleurs que les deux techniques soient très souvent analysées en parallèle dans les ouvrages de droit des contrats qui ne peuvent plus ignorer lesdites techniques, précisément du fait de leur importance dans le droit positif[1011].

§ 2. Articulation du désengagement avec la théorie générale du contrat

363. - Propos liminaires. Nous l'avons dit, dans une approche civiliste de la question, la doctrine s'est demandée si la rétractation[1012] devait entrer dans le stade de la

[1010] C'est l'article L. 331-14 du code de la consommation. V. sur ce point, G. Poissonnier, *Interdiction et sanction du déblocage prématuré des fonds en droit du crédit à la consommation, D.* 2010, p. 2210.

[1011] V. par exemple messieurs F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2005, n° 263 : « *le législateur a mis en place pour certains contractants dont il craint que la décision ne soit précipitée des mécanismes qui ont pour but de leur imposer un temps de réflexion. (...) le législateur se fait (...) parfois encore plus protecteur en imposant au consommateur un délai de réflexion ou en lui octroyant un droit de repentir* » ; dans le même sens Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 236 ; enfin Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.,* n° 523.

[1012] Car la technique dite des délais de réflexion n'a semble t-il jamais posé de problèmes théoriques de cette ordre, les auteurs s'accordant à dire qu'ils relèvent de la formation du contrat. Relevons également que les auteurs voient dans les droits de rétractation des mécanismes plus « perturbateurs » que les délais de réflexion. En ce sens, Christianos V., *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, loc. cit.,* p. 28 : « *La seconde forme de ce mécanisme* (il parle de la rétractation) *a suscité des discussions, dans la mesure, dans la mesure où elle semble bouleverser le mode traditionnel de conclusion du contrat* » ; V. encore R. Baillod, *Le droit de repentir, loc. cit.,* n° 2 : « *Le recours à la technique du droit de repentir, dans le cadre de cette panoplie paraît avoir suscité plus d'hésitation : c'est qu'en effet la possibilité de revenir sur un engagement déjà pris est incompatible avec l'idée de sécurité des transactions, elle heurte semble-t-il directement le principe de la force obligatoire* » ; V. aussi F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, *ibid* : « *Beaucoup plus original est le mécanisme du droit de repentir. Dérogeant au principe qui veut que les parties soient liées irrévocablement dès la rencontre des volontés* ». Et il en va de même dans tous les travaux consacrés

formation du contrat ou de son exécution. C'est donc sur la nature juridique des droits de rétractation que la doctrine s'est interrogée. Et dans l'optique de préserver la force obligatoire sans doute[1013], le premier réflexe a été d'analyser la rétractation au stade de la formation du contrat (A). Pour certains auteurs en revanche, les droits de repentir devaient absolument être analysés au stade de l'exécution[1014] (B).

A. Les droits de repentir intégrés au stade de la formation du contrat

364. - Idées directrices. L'attachement des civilistes à la force obligatoire des conventions a poussé certains juristes à construire une explication particulière du mécanisme : le désengagement devrait en réalité être analysé au stade de la formation de l'acte. La logique de l'article 1134 du code civil semble ainsi préservée, mais c'est par l'effet des « vases communiquant » le principe du consensualisme qui prend un sacré coup !

à ce que nous appelons le « désengagement contractuel ». En conséquence, on peut très souvent lire que ces délais de réflexion seraient préférables lorsque cela est possible (V. par exemple Ph. Brun, *Le droit de revenir sur son engagement, loc. cit.,* p. 83 : « *Les véritables délais de réflexion, c'est-à-dire précédent la conclusion du contrat, sont préférables chaque fois que cela est techniquement possible* »). En d'autres termes, la doctrine soutient que les droits de rétractation sont les plus dérogatoires à la théorie générale du contrat, du fait qu'elles heurteraient de plein fouet le principe de force obligatoire des conventions, consacré par l'article 1134 du code civil. Mais comment peut-on soutenir que les délais de réflexion, qui se distinguent des droits de rétractation du fait d'une interdiction de l'acceptation de l'offre par le consommateur pendant un certain temps, ne sont pas tout autant une entorse sensible aux principes civilistes ? N'est-il pas, au fondement de notre droit civil des contrats, le principe essentiel du consensualisme ? Comment donc défendre cette opinion selon laquelle interdire à quelqu'un d'accepter valablement l'offre qui lui est faite est moins dérogatoire que l'atteinte à la force obligatoire. Nous l'avons vu, ces principes vont de pair, ils doivent se comprendre l'un par rapport à l'autre et impossible d'établir entre eux quelque hiérarchie. Nous ne nous joignons aucunement à cette posture. Comme nous l'avons étudié, le désengagement relève d'une logique globale, les délais de réflexion et les droits de rétractation procèdent d'une logique comparable et tous semblent s'inscrire en faux vis-à-vis de la théorie générale. Car le désengagement, comme nous l'avons soutenu, contredit expressément la logique civiliste contractuelle de l'engagement. Ainsi, le lecteur comprendra que les études doctrinales relatives à ce que nous avons appelé le « désengagement » se concentrent en fait principalement sur la question des droits de rétractation (ou de repentir).

[1013] C'est ce qu'écrivent par exemple Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 239 : « *Pour éviter de consacrer une exception à un principe aussi fondamental* (les auteurs parlent bien entendu du principe de force obligatoire des conventions) *du droit des obligations, certains ont voulu analyser autrement cette faculté, en considérant que le contrat se formait par strates successives…* ».

[1014] Nous pouvons souligner que le doyen Carbonnier insiste sur cette nécessité avec force : « *Il ne faut surtout pas essayer de le faire entrer dans le processus de formation du contrat (…) c'est à l'intérieur d'un contrat déjà conclu que vient jouer le repentir contractuel* », V. *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 1030.

365. - Les défendeurs de cette conception. Plusieurs auteurs ont ainsi pu défendre cette conception et parmi eux J. Calais-Auloy qui posait en ce sens la question de savoir ce que « *devient alors le principe de la force obligatoire* » et qui explique dans la foulée que « *diverses explications peuvent être envisagées. La meilleure, à mes yeux, est la suivante, car elle serre de très près la réalité psychologique. Le client, en cas de démarchage à domicile, a besoin de mûrir son consentement ; le contrat ne peut se conclure instantanément ; il se forme de façon successive et n'est parfait que sept jours après le premier contrat. La faculté de renonciation ne porte donc pas atteinte à la force obligatoire des contrats : elle se place à un moment où le contrat n'est pas encore formé* »[1015]. Beaucoup d'auteurs vont par suite se joindre à cette analyse, particulièrement séduisante au regard de la préservation du principe de force obligatoire des conventions[1016]. C'est le cas par exemple de madame R. Baillod qui explique que « *dans toutes les hypothèses de droit de repentir, celui qui en bénéficie émet un « premier » consentement, mais il va pouvoir revenir sur celui-ci dans un délai plus ou moins bref. En d'autres termes, lorsqu'il y a droit de repentir, il ne suffit pas que la volonté existe lors de la passation de l'acte, encore faut-il qu'après cet instant elle se maintienne pendant une certaine durée. (...) Il faut en conclure semble t-il que la formation du consentement du titulaire du droit de repentir se développe sur la durée du temps de réflexion qui lui est accordé : son consentement ne deviendra définitif qu'à l'expiration du délai de réflexion, à supposer qu'il n'y ait pas exercice du repentir* »[1017]. Ce serait ainsi l'exigence d'un consentement à « *double détente* » qui serait posée, un consentement qui devrait perdurer dans le temps pour produire valablement des effets juridiques. On a vu dans cette analyse une inspiration germanique ; cette conception de la formation progressive du contrat serait innervée par la logique de la *punktation* bien connue du droit allemand[1018].

[1015] *Cf.* J. Calais-Auloy, *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur, D.* 1973, p. 266.

[1016] V. entre autre G. Cornu, *La protection du consommateur et l'exécution du contrat, in* Association H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 145 ; J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation des contrats,* Mélanges Jauffret, 1974, p. 522 ; P. Godé, *obs. RTD civ.* 1978, p. 438 ; M.-A. Frison-Roche, *Rapport de synthèse du colloque sur l'échange des consentements, RJ com.*, novembre 1995, n° 22 à 25 ; également Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.,* n° 523 : « *le système de réflexion préalable et celui de la rétractation relèvent tous les deux de l'avant-contrat* » ; enfin J. Flour J., J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil Les obligations, 1/ L'acte juridique,* 11ème éd., Armand-Collin, 2004, n° 187.

[1017] V. R. Baillod, *Le droit de repentir, loc. cit.,* n° 10.

[1018] Sur ce point, V. par exemple V. Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, loc. cit.,* p. 29 : « *Cette thèse* (la formation successive du contrat) *s'inspire de la théorie germanique de la Punktation qui à son tour remonte à celle du negotium imperfectum* ».

366. - Avantages d'une telle conception. Les auteurs qui soutiennent cette position invoquent d'abord et comme nous l'avons vu les difficultés liées à l'articulation du repentir avec le principe de force obligatoire, ainsi que la nécessité majeure de préserver ce pilier de notre droit des contrats. Par surcroît, l'analyse serait plus proche de la réalité psychologique. Enfin, cette analyse serait en harmonie avec les dispositifs qui prévoient l'interdiction des paiements pendant la durée du délai[1019]. Mais comment articuler ce discours avec les dispositifs postérieurs qui eux prévoient des restitutions ? Pour cette raison notamment, d'autres auteurs ont préféré se placer au stade de l'exécution, analysant de la sorte de désengagement dans le cadre d'un contrat déjà formé. D'autres arguments forts allaient également dans le sens de cette seconde analyse, on songe ici en particulier à une décision de la Cour de cassation rendue le 10 juin 1992[1020], décision dans laquelle les hauts magistrats ont considéré que le contrat était parfait dès la commande, ce qui semble contredire l'idée d'une formation progressive du contrat. Plus récemment, la Haute cour a confirmé cette analyse en affirmant que la rétractation « avait entrainé l'anéantissement du contrat », ce qui sous-entend qu'il était déjà formé[1021].

367. - Rétractation et cause efficiente. Dans sa thèse, madame Aubry rattache les droits de rétractation à la notion de cause efficiente[1022], soit « *tout événement à la survenance duquel l'effet contractuel envisagé est impérativement et spécialement subordonné* »[1023]. L'auteur affirme ainsi que « *la possibilité pour le consommateur de se rétracter pendant un certain délai peut être expliquée et accueillie par notre théorie générale grâce à la condition*

[1019] J. Calais-Auloy invoque donc l'argument lorsqu'il analyse le dispositif relatif au démarchage à domicile, V. *précit.,* : « *L'explication permet en outre de comprendre que tout paiement soit interdit avant l'expiration du délai de sept jours. On aurait pu, certes, imaginer un mécanisme de paiement suivi de restitution en cas de renonciation. Mais le législateur ne l'a pas voulu* ».

[1020] Bull. civ. I. n° 178 ; V. *Contrat. Conc. Consom.,* 1992, n° 198, obs. G. Raymond. On ajoutera également que la Commission européenne a également penché pour une telle conception, *cf.* CJCE, 22 avril 1999, *JCP.* 2000, I, 218 ainsi que CE, 1ère ch., 1ère ch., 3 sept. 2009 : *JCP* 2009, n° 47, 459, note G. Paisant ; *RDC* 2010, 113, obs. S. Pimont et 643, obs. C. Aubert de Vincelles.

[1021] Cass. Civ. 3ème, 13 février 2008, *D.* 2008. 1530, note Dagorgne-Labbe. V. aussi B. Fages, *Effets du droit de rétractation, RTD. civ.,* 2008, p. 293 : « *la rétractation n'a pas pour conséquence de suspendre le processus de conclusion du contrat, lequel ne deviendrait parfait qu'à l'expiration du délais fixé par le législateur, laissant entre-temps au contractant le loisir de faire, défaire et refaire son consentement de manière discrétionnaire. Tout au contraire, comme le montre cet arrêt, la rétractation vient frapper un contrat que l'échange initial des consentements est d'ores et déjà parvenu à former, et ceci par une mesure radicale : son anéantissement. D'où l'impossibilité, ici, de résoudre ce qui était déjà anéanti* ».

[1022] V. H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats,* préf. A. Ghozi, PUAM, 2002, n° 77.

[1023] V. Ph. Reigné, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français,* thèse Paris II, 1993, n° 9

d'efficience de la volonté des contractants. Cette condition est présente dans la notion de cause efficiente et dans une conception de la cause associant les principes d'efficience et de finalité. La prise en considération de l'existence d'un droit de rétractation au bénéfice du consommateur oblige donc à se dégager d'une conception purement finaliste de la cause »[1024]. C'est en somme dans le cadre de la formation du contrat que l'auteur analyse les mécanismes de désengagement[1025], nous reviendrons tout à l'heure sur la pertinence de ce propos. Quoiqu'il en soit, c'est en ces termes que l'auteur conclue son analyse : « *Aux termes de cette étude, il peut être tenu pour acquis que, **pour permettre au consommateur de jouer pleinement son rôle d'acteur économique sur le marché**, les autorités communautaires ont voulu faciliter l'existence d'un consentement libre et éclairé. A cette fin, elles ont eu recours à des dispositifs de protection déjà utilisés en droit français, tels que la réglementation de l'obligation précontractuelle d'information, le développement du formalisme et l'institution d'un droit de rétractation* »[1026].

368. - L'occultation d'une tension. Revenons à cette occultation par la doctrine d'une tension au sein du droit des contrats. Nous venons de voir un premier moyen pour la doctrine d'éclipser cette contradiction qui s'établie entre un droit du désengagement et un droit de l'engagement. Les auteurs intègrent les mécanismes du désengagement dans la théorie générale, en « étirant » le processus de formation du contrat. Il convient ainsi de modifier la théorie générale en faisant en sorte qu'elle rende compte de l'ensemble des phénomènes contractuels, y compris le désengagement. Or, le lecteur l'aura compris, la tension que nous avons mise en lumière dans la première ne se retrouve en aucune manière dans les travaux doctrinaux de ce type. Au contraire, le désengagement apparaît comme un prétexte pour peaufiner notre théorie générale, mais au bout du compte, la doctrine réussi à passer cette tension sous silence, à en amoindrir la portée. En somme, et pour formuler l'idée

[1024] *Cf.* H. Aubry, *ibid.* Rappr. également le n° 74 : « *l'écoulement du délai de rétractation peut également être considéré commune une cause efficiente à laquelle l'effet obligatoire de l'accord de volontés est subordonné. **La notion de cause efficiente permet donc d'accueillir le concept de droit de rétractation dans notre théorie générale*** ».

[1025] C'est d'ailleurs dans un paragraphe premier intitulé « *les dispositions relatives à la formation du contrat* » que les développements précités figurent. V. *ibid.,* n° 44 et s.

[1026] *Cf. ibid.,* n° 78. Soulignons maintenant que bien que nous ne nous joignions pas à la proposition de rattachement à l'idée de cause, nous trouvons particulièrement intéressante la position de l'auteur. En effet, madame Aubry, même si l'on retrouve le terme de protection, semble bien donner du crédit à l'idée selon laquelle la protection n'est qu'un objectif « dérivé ». La protection dans cette optique n'a de sens qu'eu égard à des considérations économiques comme le bon fonctionnement du marché. De ce point de vue donc, la proposition faite par H. Aubry dans sa thèse nous paraît très pertinente, nous nous y joignons volontiers.

le plus clairement possible, nous dirons qu'en expliquant le désengagement au travers des canons du droit civil, la doctrine empêche le lecteur de percevoir un choc des systèmes dans le droit des contrats. Tel est bien l'effet produit et nous voyons donc que notre hypothèse trouve ici des bases pertinentes. Continuons notre démonstration et voyons maintenant comment la doctrine majoritaire[1027] explique les mécanismes de repentir contractuel.

B. Les droits de repentir intégrés dans la phase de l'exécution du contrat

369. - La conception contemporaine dominante. Les juges semblent donc voir dans le repentir un mécanisme permettant de revenir sur un engagement valablement formé et parfait dès la signature[1028]. A cela s'ajoute le fait que d'éminents juristes vont plaider en faveur d'une conception des droits de repentir rattachée à la phase de l'exécution du contrat. Le doyen J. Carbonnier fait évidemment partie de ces éminents juristes. Voyez ce qu'il écrit dans son fameux traité : « ***Il ne faut surtout pas essayer de le faire entrer dans le processus de formation du contrat : c'est à l'intérieur d'un contrat déjà conclu que vient jouer le repentir contractuel*** »[1029]. Certes l'argument d'autorité ne se suffit pas à lui même, mais tout de même, la vigueur avec laquelle prend partie le grand civiliste J. Carbonnier (« *il ne faut* ***surtout pas*** **»)** invite à réfléchir sérieusement avant de plaider en faveur de la thèse précédemment exposée[1030]. Aujourd'hui, nous pouvons dire que c'est bien cette seconde conception qui domine la doctrine française en matière de droits de rétractation[1031]. Cette

[1027] Cette conception de formation progressive du contrat semble s'être essoufflée, notamment après cet arrêt significatif cité dans la note précédente. Et donc les auteurs qui analysent le désengagement au stade de l'exécution du contrat, en tant qu'exception au principe de force obligatoire, sont aujourd'hui largement minoritaires.

[1028] V. *supra,* note 923.

[1029] *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* n° 1030.

[1030] *Supra,* n° 353 à 356.

[1031] Beaucoup d'auteurs soulignent cette prépondérance de la seconde conception au sein de la doctrine française. V. par exemple ce qu'écrit G. Paisant, dans son article *La rétractation du consommateur en droit français, in* E. Terryn, *Le droit de rétractation, Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge,* Contrats & Patrimoine, éd. Larcier, 2008, *cf.* p. 68 : « *Pour d'autres, majoritaires, le contrat serait parfait dès l'instant de l'acceptation de l'offre du professionnel par le consommateur, ce dernier disposant d'un délai fixé par la loi pour résoudre unilatéralement ledit contrat. (…) la Cour de cassation semble bien avoir manifesté sa préférence pour la thèse majoritaire…* ». L'auteur, dans un autre article, se joint également à ce mouvement : « *en toute hypothèse, on notera que la logique du texte est bien de considérer que le*

conception des mécanismes de repentir apparaît particulièrement menaçante, en tant qu'elle se heurte à l'omnipotent principe de force obligatoire des conventions. Naturellement, la doctrine souligne toujours[1032] ce problème dans ses travaux avant de proposer des outils pour le résoudre[1033]. Nous nous arrêtons en conséquence sur ces diverses propositions doctrinales qui on en commun le fait d'analyser le mécanisme au stade de l'exécution du contrat.

370. - Le droit de rétractation : une condition résolutoire ou suspensive. C'est cette idée que certains auteurs ont défendue, comme par exemple L. Bernardeau qui écrivait que : « *y a-t-il formation instantanée, le contrat étant affecté d'une condition résolutoire – c'est à notre sens ce que l'on peut inférer de la décision de la Cour* »[1034]. Il faudrait ainsi voir dans le droit de repentir « *un événement futur mais incertain, auquel est subordonnée la formation du contrat ou la disparition d'une obligation. Dans le premier cas la condition est suspensive ; dans le second, elle est résolutoire* »[1035]. Il y a effectivement des raisons qui peuvent inviter à un rapprochement entre la condition et les mécanismes dits de repentir : la rétractation est bel et bien un événement futur et incertain ; elle influe également et comme la

---

transfert de propriété se réalise avant l'expiration du délai de repentir », *cf.* G. Paisant, *La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le « télé-achat », JCP G.* n° 38, 1988, I. 3350, n° 19. Nous reviendrons sur les différentes propositions doctrinales mais citons maintenant ces nombreux auteurs qui analysent le désengagement contractuel au stade de l'exécution du contrat : V. A. Bietrix et H. Birbès, *Vente à domicile et protection des consommateurs, Cah. Dr. De l'entreprise,* I, 1973 ; A. Françon, *Rapport sur la protection du consommateur dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit français, in La protection des consommateurs,* Trav. Ass. H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 117 ; V. Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, précit.,* ; P.-J. Doll et H. Guérin, *Le démarchage et la vente à domicile, JCP.* 1973, I, 2524 ; encore Ph. Brun, *Le droit de revenir sur son engagement, loc. cit.,* ; J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, *RTD. Civ.* 1976, p. 66 ; N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM,* 2002, n° 118 ; Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation,* Armand Colin, 2005, n° 198.

[1032] V. par exemple *Cf.* E. Bazin, *Le droit de repentir en droit de la consommation, loc. cit.,* p. 3030 : « *le repentir remet en cause un contrat déjà parfaitement formé. Cela porterait atteinte au principe de la force obligatoire des contrats en détruisant un contrat déjà formé valablement* ».

[1033] Et donc, elle rend compte de notre tension ! Anticipons cet éventuel reproche. Ce n'est pas parce que la doctrine évoque cet aspect dérogatoire qu'elle n'occulte pas la tension susvisée. En effet, les nombreux efforts pour faire entrer le repentir dans la théorie générale montre bien une volonté d'éclipser ce phénomène.

[1034] *Cf.* L. Bernardeau, *Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97*, *JCP* G. 2000, p. 628. Dans le sens d'une condition suspensive, V. D. Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D.* 1980, chron. p. 177 et s. Ce point de vue a aussi séduit des auteurs étrangers, V. R. Jeanprete, *Le droit de repentir, Revue de droit suisse* 1979, p. 33 et s.

[1035] Cette définition est issue du traité de messieurs F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2005, n° 1218.

condition sur la naissance ou la résolution du rapport d'obligation[1036]. Ces raisons sont elles suffisantes pour affirmer que les mécanismes de rétractation sont des conditions insérées dans les contrats de consommation ? Nous ne le pensons pas, mais nous nous contenterons pour l'instant de souligner que c'est sur cette voie qu'une partie des auteurs se sont engagés. Voyons donc les autres analysent proposées par la doctrine pour rendre compte du désengagement.

371. - Les mécanismes de désengagement et obligation à terme. Le terme est l' « *événement futur et certain, ce dernier trait l'opposant à la condition, dont dépend l'exigibilité ou l'extinction de l'obligation* »[1037]. Et certains ont rapproché le désengagement consumériste de la notion civiliste de terme. C'est ce qu'a pu défendre J.-P. Pizzio, lorsqu'il écrivait à propos du démarchage que : « *Sans porter atteinte aux conséquences juridiques engendrées par l'échange des consentements, il lui était possible de rendre homogène le régime du contrat conclu à domicile. Il suffisait, pour ce faire, de voir dans ce contrat une vente à terme entraînant une suspension générale des effets du contrat durant le délai de réflexion* »[1038]. Le point de vue de V. Christianos peut être rapproché de cette proposition puisque ce dernier propose de suspendre l'efficacité du contrat pendant la durée du délai, cela en appliquant une distinction entre perfection (le contrat est bien formé dès l'échange des consentements) et efficacité du contrat : « *Il nous semble que la distinction entre perfection et efficacité de l'acte juridique, y compris du contrat, peut être utilisée afin d'expliquer le délai de réflexion et le droit de rétractation (...) La perfection du contrat n'étant pas mise en doute, la loi française, afin de protéger le consommateur, suspend son efficacité* »[1039]. A nouveau, un tel point de vue peut se défendre, pour des raisons analogues à celles évoquées s'agissant de la condition : l'effet suspensif ou résolutoire du rapport d'obligation. Nous reviendrons sur la question de savoir si cette proposition est, ou non, plus satisfaisante que les autres.

[1036] C'est ce que soulignait déjà R. Baillod, *Le droit de repentir, RTD civ*., 1984, p. 238 : « *Une autre modalité en revanche se rapproche davantage du droit de repentir : il s'agit de la condition. Le droit de repentir ne suspend-il pas tout comme la condition la naissance ou la résolution d'un rapport de droit ? L'imperfection de l'acte juridique sous droit de repentir n'est-elle pas comparable à celle de l'acte sous condition ? Certains textes paraissent engager à l'assimilation des deux situations* ».

[1037] V. F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations, op. cit.,* n° 1199.

[1038] *Cf.* J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, *RTD. Civ.* 1976, n° 36. Rappr. l'analyse de Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz, 2010, n° 5891.

[1039] V. V. Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D.* Chron. VIII. n° 4.

372. - Le droit de revenir sur son engagement en tant que faculté de dédit. Il y avait dans le droit de la vente des ressources intéressantes pour expliquer les mécanismes de rétractation. Certains[1040] se sont tournés vers la faculté de dédit, connue du droit civil des contrats[1041], pour rendre compte du désengagement. Dans la mesure où le dédit est une « *faculté de se délier, c'est-à-dire de se désengager* »[1042], il y a clairement des similitudes entre ces mécanismes. Cette proximité s'observe également dans le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu. En effet, on trouve la définition suivante du terme « dédit » : « *Faculté accordé à un contractant de ne pas exécuter son obligation, de s'en délier sous les conditions légalement ou conventionnellement prévues* » et l'auteur invite immédiatement après à comparer la notion avec celles de « rétraction », de « réméré », de « repentir », et enfin de « réflexion ». Il en résulte que ce rapprochement entre la faculté de dédit et le droit de rétractation s'appuie sur des arguments pertinents, ce qui ne le met pas pour autant à l'abri des critiques.

373. - Le droit de rétractation : sanction d'un vice du consentement. La doctrine, largement inspirée par le consumérisme, a pu voir dans la rétractation un mécanisme sanctionnant un vice du consentement[1043]. Il n'est guère envisageable d'appliquer ici la théorie des vices du consentement *stricto sensu*. Car ni l'erreur, ni le dol, et pas plus que la violence ne semblent pouvoir s'appliquer à la situation du consommateur qui ne s'est pas trompé, qui n'a pas été manipulé ou contraint[1044]. Bref, il est question ici de rattacher la rétractation à celle de la qualité du consentement du consommateur : « *on constate alors que ces évènements* (l'auteur parle de l'infériorité et de la dépendance économiques des consommateurs)*, non vicieux au sens du droit commun, des contrats, contribuent néanmoins à ôter au consentement une partie de son intégrité. (S') il n'est donc pas possible d'expliquer l'institution de la faculté de rétractation par la présomption d'un vice du consentement stricto*

[1040] Par exemple A. Bietrix et H. Birbès, *Vente à domicile et protection des consommateurs, Cah. Dr. De l'entreprise,* I, 1973, p. 9 ; encore J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation des contrats,* Mélanges Jauffret, 1974, p. 522.

[1041] *Cf.* L. Boyer, *La clause de dédit, Mélanges P. Raynaud,* T. I, Dalloz, 1985, p. 41 et s.

[1042] V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.,* n° 481.

[1043] C'est le cas par exemple de monsieur S. Detraz qui soutenait que : « *si la faculté de rétractation a un domaine croissant, elle demeure néanmoins exceptionnelle. Or, précisément, elle est accordée dans des hypothèses qui laissent deviner que l'une des parties au contrat n'a pas consenti de manière parfaitement intègre* », V. *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, Contrats, Conc., Consom.* 2002, n° 7.

[1044] Monsieur S. Detraz reconnaît cela, V. *ibid.,* n° 9.

sensu, mais, pour le moins, d'un vice du consentement lato sensu ; l'affaiblissement croissant des conditions restrictives du dol – qui se manifeste surtout dans les rapports de consommation (...) renforce d'ailleurs l'observation »[1045]. Rajoutons enfin que tous les auteurs (sans pour autant défendre l'idée que le droit de rétractation se rattache à la théorie des vices du consentement) font référence à un moment ou à un autre à la notion de consentement du consommateur.

374. - Les effets des droits de repentir : mobilisation des concepts de résolution unilatérale ou de résiliation. La résolution est « *l'action d'anéantir, ou résultat de cette action ; plus spécialement, anéantissement en principe rétroactif d'un contrat synallagmatique qui, fondé sur l'interdépendance des obligations résultant de ce type de contrat, consiste à libérer une partie de son obligation (...) lorsque l'obligation de l'autre ne peut être exécutée, soit du fait d'une faute de celle-ci (...) soit par l'effet d'une cause étrangère* »[1046]. C'est ainsi l'effet rétroactif qui permet de distinguer la résolution de la résiliation[1047]. En tous cas, nous voyons bien ce qui peut inciter la doctrine à opérer un rapprochement entre les effets produits par la rétractation et ceux qui découlent de la résolution (ou de la résiliation) du contrat : la mise en œuvre du droit de rétractation va avoir pour effet de libérer un contractant, en l'occurrence le consommateur, et entraîne le cas échéant des restitutions[1048], que l'on peut sans doute rattacher à l'idée d'anéantissement rétroactif. Tous les auteurs ont souligné cet effet résolutoire du repentir contractuel, c'est ainsi que l'on peut lire à peu près partout que la mise en œuvre de la rétractation équivaut à revenir sur sa volonté initiale afin « *de la priver de tout effet passé ou à venir* »[1049]. Il ne nous reste qu'à faire le lien avec notre hypothèse, selon laquelle la doctrine occulte la tension que nous avons mise en lumière dans la première partie.

[1045] *Ibid.,* n° 11. V. également la conclusion faite par l'auteur : « *en conclusion, l'institution du droit de repentir se justifie logiquement par l'accroissement des exigences tenant à l'intégrité du consentement de l'une seule des partie au contrat : le consommateur. En la matière, la notion de vice du consentement s'élargit, qui inclut des éléments ordinairement ignorés par la théorie des nullités, lesquels en outre sont présumés exister ; la rétractation s'apparente alors à une annulation, extra-judiciaire, échappant aux critiques tenant à l'atteinte aux principes de la formation instantanée et de la force obligatoire des contrats* », *cf.* n° 34.

[1046] *Cf.* G. Cornu ; *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°.

[1047] V. *ibid.* La résiliation est définie par G. Cornu comme la « *résolution non rétroactive* ».

[1048] Pour le détail de ces dispositifs, le lecteur se reportera utilement au premier chapitre du premier titre de la première partie, consacré à l'étude des dispositifs de désengagement.

[1049] Nous reprenons ici la définition proposée dans le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu V° « rétractation ». Rappr. aussi la définition du terme « repentir ».

375. - Effet produit par ces propositions doctrinales. Ces diverses entreprises doctrinales nous disent quelque chose : d'abord que le désengagement contredit *a priori* la conception civiliste du droit des contrats. Ensuite qu'il est possible de comprendre le désengagement en le rattachant à des notions civilistes bien connues. Et dès lors la doctrine occulte bien la tension que nous avons révélée. Les auteurs vont dissiper intellectuellement ladite tension en fondant le désengagement à l'intérieur de la théorie générale du contrat. L'effet produit est bien celui là : le lecteur dubitatif face au désengagement trouvera dans toutes les études précitées de quoi ne plus ressentir une tension entre les grands principes civilistes et les mécanismes innovants issus du droit de la consommation. C'est bien ce que nous voulons dire lorsque nous formuler l'idée que la doctrine éclipse, ou occulte une tension au sein du droit des contrats.

376. - Conclusion du second chapitre. Nous avons ainsi évoqué deux tendances pour occulter la tension entre l'engagement et le désengagement contractuel. La démarche « *assimilationniste* » et l'entreprise « *anomaliste* »[1050] ont toutes les deux pour effet de dissiper la tension qui a été mise en lumière dans la première partie. D'un côté en insistant sur le particularisme du droit de la consommation, la doctrine rejette *a priori* l'intérêt de s'interroger sur quelque tension que ce soit ; d'un autre côté en travaillant à son intégration dans la théorie générale du contrat, elle la fait disparaître. Dans tous les cas donc, **la doctrine occulte la tension qui s'établit entre le désengagement et l'engagement contractuel.**

377. - Conclusion du titre premier. Nous revenons au constat fait ci-dessus. La doctrine occulte au sens propre et au sens figuré la tension que nous avons révélée dans la première partie. Dans la présentation qu'elle fait du droit des contrats, la doctrine n'évoque cette tension. Or comme nous allons le voir dans le second titre, une telle présentation du droit des contrats n'est pas à l'abri de la critique ; elle a aussi ses faiblesses. Il deviendra possible à partir d'un tel travail de nous pencher sur les raisons qui font que la doctrine occulte une tension au sein du droit des contrats quitte à produire une présentation en un sens réductrice de la matière. En somme, nous proposons de mettre cette présentation doctrinale du droit des contrats à l'épreuve.

[1050] Pour reprendre le vocabulaire employé par G. Rouhette dans son article intitulé *« Droit de la consommation » et théorie générale du contrat, in* Mélange R. Rodière, 1982, p. 247 et s.

TITRE 2

LA CRITIQUE DE LA RÉCEPTION DOCTRINALE

378. - Propos introductif. Résumons d'abord les deux points essentiels qui se dégagent de notre étude à ce stade : nous avons vu émerger une tension dans le droit des contrats et nous ne l'avons pas retrouvé comme telle dans la doctrine lorsque celle-ci prend en charge la présentation du droit des contrats. A partir de là une question se pose. Que faut-il penser de cette entreprise par laquelle est occulté un phénomène caractéristique du droit contemporain et qui constitue une tendance lourde dans un environnement largement acquis à la société de consommation : le désengagement en matière contractuelle. Nous allons essayer de montrer qu'il y là un problème quant à la fabrication du discours doctrinal. Si l'analyse menée au plus près des textes du droit positif autorise à concevoir que le droit des contrats diverge réellement de son image doctrinale, il faut tacher de comprendre les raisons de ce manque de réalisme (Chapitre 1). A partir de là, nous nous pencherons sur une seconde question : pourquoi la doctrine occulte cette tension qui innervent le droit des contrats, quitte à produire une présentation insatisfaisante des mécanismes de désengagement contractuel ? Pourquoi essayer à tout prix de faire entrer le désengagement dans la théorie générale du contrat ? Pourquoi penser le désengagement toujours au travers d'un système qui s'appuie précisément sur l'idée inverse ; l'idée d'engagement contractuel ? Notre hypothèse est la suivante : la doctrine occulte cette tension parce qu'elle n'a pas d'autres choix. La doctrine occulte cette tension justement parce qu'elle est la doctrine et qu'en tant que telle, elle travaille en mobilisant une méthode particulière, la dogmatique, qui est incompatible avec l'idée de tension, en général. Les présentations qui sont faites par la doctrine du phénomène juridique sont le fruit d'un processus particulier, propre à la tradition civiliste française en droit privé, et ces présentations tendent comme nous le verrons à la cohérence du système. Or un tel souci de cohérence paraît inconciliable avec l'idée d'une tension (Chapitre 2). Le droit des contrats ne paraît pas pouvoir être en même temps un droit de l'engagement et un droit du désengagement, une telle affirmation serait contradictoire.

CHAPITRE 1

AU FOND

379. - Des présentations tantôt réductrices, tantôt erronées. Nous avons dit que les différentes propositions doctrinales qui expliquent le désengagement en droit de la consommation nous paraissent souvent réductrices et parfois erronées. Nous pouvons préciser un peu : ces présentations sont réductrices en ce que la doctrine fait du droit de la consommation et des droits de rétractation des mécanismes ayant pour seul objectif la protection des consommateurs. C'est toujours comme cela que les mécanismes de repentir sont décrits par la doctrine[1051] ; ils auraient pour fonction de palier à l'infériorité du consommateur face au professionnel plus puissant d'un point de vue économique. Ce point de vue est certes légitime, les consommateurs ont parfois payé très cher le prix d'un libéralisme excessif[1052]. Mais pour autant, peut-on affirmer que le droit de la consommation n'est que cela ? La matière se réduit-elle à sa dimension de protection des faibles ? Nous ne pouvons nous y résigner. Notre étude historique nous a amené à voir dans le droit de la consommation autre chose : le droit de la consommation et les mécanismes qui le composent sont liés à la société de consommation et donc à une société de marché. Il nous faudra revenir sur cet aspect réducteur dans les travaux de la doctrine relatifs au désengagement. Par suite, nous montrerons les nombreux problèmes théoriques, finalement insurmontables, qui émergent lorsque l'on tente de faire entrer le désengagement du droit de la consommation dans la théorie générale du contrat. En somme, d'un côté la doctrine cherche à maintenir la spécificité du droit de la consommation (section 1), de l'autre elle s'emploie à préserver l'intégrité de la théorie générale (section2).

[1051] V. *supra,* n° 337. - et s.

[1052] Le lecteur se reportera utilement au chapitre consacré à l'histoire du droit de la consommation en tant que droit de la société de consommation. Rappelons en particulier le scandale de la *General Motor's* qui donne naissance au consumérisme américain, qui a largement influé sur notre conception actuelle de la matière, en particulier via le travail de Ralph Nader.

Section 1
Maintenir la spécificité du droit de la consommation

380. - Ligne directrice. La doctrine insiste donc parfois sur le particularisme du droit de la consommation et c'est l'objectif de protection, fondement de la matière, qui expliquerait les dispositifs qui la composent. Et donc, les auteurs présentent dans cette optique les droit de repentir comme des outils de lutte contre le déséquilibre qui caractérise la relation de consommation. Le faible consommateur contre un professionnel en situation de force : les règles du droit de la consommation apparaissent bel et bien comme un palliatif à un consentement qui serait donné « à la légère ». Le droit de la consommation apparaît ainsi comme une branche spéciale du droit qui renforcerait l'exigence d'un consentement libre et éclairé. Ce faisant, la doctrine occulte cette tension au sein du droit des contrats. En déplacement son analyse sur le terrain des « justifications » du désengagement, la doctrine le fait passer le repentir contractuel pour un phénomène exceptionnel qui en aucun cas ne permet de remettre en question l'hégémonie de la théorie générale du contrat, et qui préserve dès lors ce grand principe civiliste qu'est la force obligatoire des conventions. Une telle analyse nous paraît largement réductrice. Réductrice d'abord parce qu'il tend à faire du droit de la consommation un droit exclusivement protecteur, notre analyse historique du droit de la consommation nous oblige à revenir sur l'assertion (§1). Réductrice ensuite car cette présentation « particulariste » réduit sensiblement la portée des règles qui donnent corps au droit de la consommation (§2).

§ 1. Un discours réducteur du point de vue des croyances fondant le droit de la consommation

381. - Retour sur les raisons de la prédominance d'une conception de la matière fondée sur l'idée de protection des consommateurs. Comme nous l'avons vu, le droit de la consommation apparaît en France à un moment où la protection des consommateurs est au cœur de toutes les attentions[1053]. La visite de Ralph Nader, qui suit les premiers grands scandales liés aux dérives de la société de consommation, insuffle dans notre pays la mode du consumérisme américain très en vogue dans les années 1960[1054]. Il y a là des éléments d'analyse précieux pour comprendre cette conception particulière que se font les juristes du droit de la consommation. Et, pour lever toute ambiguïté, nous pensons également que le droit de la consommation a pour fonction de protéger les consommateurs, il n'y a aucun doute à ce sujet. Mais tenir compte de cette idée est une chose, fonder toute l'analyse de la matière autour de cette considération en est une autre, et c'est uniquement ce point qui nous paraît contestable. Nous avons pris conscience de l'omnipotence de l'idée de protection au sein des travaux consacrés à la matière : protection du consommateur et de son consentement[1055], cela parce qu'il serait en situation de faiblesse face à un professionnel susceptible de vouloir abuser de sa situation. Nous reviendrons en conséquence sur cette conception des acteurs du droit de la consommation (A). Or, si nous pouvons démontrer que l'assertion ne va pas de soi, que les consommateurs ne sont pas ces éternels « mineurs » en état d'incapacité permanente et que les professionnels ne sont pas toujours mal intentionnés ; à l'affirmation qui en découle, et selon laquelle le droit de la consommation se réduit à une dimension de protection, ne tient. C'est ce que nous essaierons de montrer dans un second temps (B).

[1053] Sur ce contexte, V. *supra,* n° 171. - et s.

[1054] *Ibid.*

[1055] Nous n'avons pas, pour l'instant, développé le rattachement qui est fait entre le désengagement et la qualité du consentement. Nous y reviendrons dans le chapitre consacré aux raisons de la dissimulation de la tension, V. *infra,* n° 420. - et s.

A. Une conception réductrice s'agissant des acteurs du droit de la consommation

382. - Plan. Les faiblesses de l'analyse doctrinale du droit de la consommation peuvent être recherchée notamment des les notions, les concepts qui permettent de le penser ; c'est le cas s'agissant des acteurs principaux du droit de la consommation. Le consommateur a été pensé comme faible (1), le professionnel comme un fort susceptible (est souvent bien tenté) d'abuser de ces mêmes faibles (2). A vrai dire, comme c'est toujours le cas lorsque l'on fait des « généralités », il en découle indéfectiblement une vision réductrice d'une réalité sensiblement plus complexe. C'est tout cela qui nous incite à penser que les présentations doctrinales du droit de la consommation ne sont pas satisfaisantes, à tout le moins elles sont incomplètes.

1. De la prétendue faiblesse des consommateurs

383. - Notion de consommateur : de la diversité à l'unité. En l'absence d'une définition légale de la notion de consommateur, c'est à la doctrine qu'il est revenu de proposer des éléments caractéristiques en vue d'isoler le concept[1056]. Et compte tenu de la finalité prétendue du droit de la consommation (la protection des consommateurs), la définition de la notion devient un critère d'application des règles protectrices. Mais revenons à l'essentiel, il est aujourd'hui acquis en doctrine que « *le consommateur est une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour usage non-professionnel* »[1057]. Il n'y à là aucune indication relative à cette dimension protectrice. Mais il ne faut pas attendre longtemps pour que de telles considérations pointent « le bout de leur

[1056] V. sur ce point J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 6 ; encore Y. Auguet, *Droit de la consommation, op. cit.,* p. 11 ; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 20 ; V. aussi G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif,* JCP 1993.I.3655 ; J.-P. Pizzio, *Introduction de la notion de consommateur en droit positif, D.* 1982, chron. 91 ; Y. Picod, *Définition des notions de consommateurs et de professionnels, in Réponses françaises au livre vert sur le droit européen de la consommation, Soc. Legisl. Comp.,* 2007.

[1057] C'est cette définition que l'on retrouve dans la plupart des manuels consacrés à la matière et il s'agit de la définition qui avait été élaborée par la commission de refonte du droit de la consommation, V. *Propositions pour un Code de la consommation,* La documentation française 1990, art. 3)

nez ». Reprenons par exemple la définition du terme « consommateur » proposée dans le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, particulièrement explicite de ce point de vue : « *celui que protège le droit de la consommation (parce qu'il est profane ; celui que défendent les associations de consommateurs (parce qu'il est isolé)…* »[1058]. Tous les auteurs soulignent dans leurs ouvrages cette faiblesse : « *le Code civil n'a pas imaginé que* ***l'état permanent d'infériorité d'un individu*** *puisse provenir d'une autre source que de lui-même. (…) L'état d'infériorité du consommateur n'est pas inhérent à sa personne, mais lui est commun avec la plupart de ses semblables. Sa faiblesse est d'origine extrinsèque et provient de sa situation sociale et économique qui le rend étranger aux affaires* »[1059]. Telle est la conception que l'on se fait du consommateur en général : une personne un peu timoré, velléitaire, pusillanime. Mais telle n'est pas le constat qui s'est imposé à nous au terme de notre étude historique sur la société de consommation.

384. - Le consommateur a un rôle actif à jouer ! L'arrimage qui se fait progressivement au lendemain de la seconde guerre entre la consommation et la citoyenneté[1060] nous invite à penser que le consommateur est un « acteur » de la société de consommation. A ce titre, le consommateur a un rôle actif à jouer ; il n'est pas seulement ce personnage vulnérable que l'on nous présente classiquement[1061], personnage qui subirait sans cesse la société dans laquelle il vit au quotidien, et les dérives auxquelles elle a donné

[1058] V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°.

[1059] *Cf.* J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, *RTD. Civ.* 1976, n° 13 ; V. également *supra,* n° 325 et s. Soulignons enfin que tous les ouvrages, tant de droit de la consommation que de droit civil, présentent le consommateur comme un être faible. Reprenez entre autre J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 6 et s. ; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 20 et s. ; Y. Auguet, *Droit de la consommation, op. cit.,* p. 6 à 20 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.* en particulier les n° 256, 263 et 480 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph ; Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.,* n° 521 et s. ; encore Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 236.

[1060] Sur ce rattachement, V. *supra,* n° 162. - et s..

[1061] C'est une fois encore l'histoire permet de comprendre cela. Notre étude historique du droit de la consommation (V. *supra,* Partie I, Titre 2) montre qu'il est difficile de réduire le consommateur à un modèle abstrait. Le lecteur reprendra utilement la conclusion de l'ouvrage de M.-E. Chessel, *Histoire de la consommation, op. cit.,* p. 97, en particulier sous l'intitulé « *consommateur passif, consommateur libre* ». V. également p. 99-100 : « *A l'époque contemporaine, certains consommateurs s'approprient le monde de la consommation. (…) Les consommateurs contribuent enfin, par leurs usages, à inventer ou à transformer des produits ou des services. (…) Ils participent alors au façonnage de l'offre. (…)* ***Loin d'être des pantins manipulés ou des héros organisés, les consommateurs, hommes et femmes, sont des acteurs à part entière de la construction de la société de consommation. Leurs actes quotidiens et leur temps sont marqués par la routine, les choix technologiques, les infrastructures économiques et politiques, et la puissance de tous les constructeurs de marchés. C'est dans ce cadre restreint qu'ils peuvent résister aux injonctions qui pèsent sur eux ou inventer des usages spécifiques pour les biens et les servies qui leur sont proposés. Leur histoire reste en grande partie à écrire*** ».

naissance. D'ailleurs peut-on sérieusement conceptualiser un modèle qui permettrait de rendre compte de l'ensemble des consommateurs ? Nous ne le pensons pas. Cette diversité des consommateurs n'a pas échappé à la doctrine[1062], qui persévère malgré tout dans son entreprise de réduction en système. Il y a du coup une difficulté intellectuelle de taille : comment admettre qu'un droit protecteur bénéficie de la même façon à des consommateurs dans une réelle situation difficile qu'à d'autres consommateurs qui de fait sont très puissant économiquement[1063] ? De ce point de vue donc, l'idée selon laquelle le droit de la consommation est un droit exclusivement protecteur se heurte à des contradictions empiriques. Le consommateur n'est pas un faible qui subit les sollicitations agressives des professionnels, un acteur passif (ce qui contient au passage un paradoxe) sur la scène de la société de consommation ; c'est tout le contraire, l'histoire montre à quel point le rôle des consommateurs est important, l'histoire nous dit que le consommateur doit être le moteur de ce modèle économique qu'est la société de consommation. Remémorons nous la conclusion de S. Kroen dont les travaux ont montré : « *comment le citoyen a été repensé comme un consommateur et comment la démocratie a été redéfinie en lien avec un capitalisme tourné vers la consommation* »[1064]. Ce modèle implique non pas des consommateurs velléitaires comme on voudrait nous le faire croire, mais des consommateurs acteurs et actifs sur le marché. Des consommateurs ayant des droits et susceptibles de les exercer, cela pour favoriser la concurrence entre des professionnels, dont l'objectif premier n'est autre que de gagner de l'argent. Et pour gagner de l'argent, abuser des consommateurs n'est sans doute pas le meilleur moyen, ce qui nous amène à la mise à l'épreuve d'un autre « stéréotype » : un professionnel en situation de supériorité qui serait souvent trop tenté d'abuser des faibles, des consommateurs qui seraient ses proies, ses victimes.

[1062] V. par exemple ce qu'écrivent messieurs J. Calais-Auloy et H. Temple dans leur manuel de droit de la consommation : « *Faut-il accorder la même protection à tous les consommateurs ? Il existe une grande diversité de consommateurs, depuis ceux qui sont assez avisés pour se défendre efficacement jusqu'à ceux qui sont particulièrement crédules et vulnérables. Faut-il faire varier la protection en fonction de cette diversité ? La réponse est en principe négative.* ***Le droit de la consommation protège en principe indistinctement tous les consommateurs, la présomption de faible est irréfragable.*** *Tenir compte des aptitudes particulières de chaque consommateur susciterait des litiges sans fin et enlèverait son efficacité au droit de la consommation* », *cf. Droit de la consommation, op. cit.,* n° 10-1.

[1063] D'ailleurs, une situation dans laquelle un consommateur très riche et très informé sur le monde des affaires face à un professionnel très faible économiquement (un petit artisan, un petit commerçant, etc.) est non seulement parfaitement envisageable, mais aussi et surtout très courante.

[1064] S. Kroen, *loc. cit.,* p. 98 ; cette vision sera relayée en France par des intellectuels comme J. Fourastié. V. sur l'influence de ce dernier l'article de R. Boulat, *Jean Fourastié et la naissance de la société de consommation en France, in Au nom du consommateur, op. cit.,* p. 98 et s.

385. - Bilan sur la conception doctrinale des consommateurs. Au regard de tout ce qui vient d'être dit, la position de monsieur G. Raymond est très intéressante, nous nous rattachons volontiers à ces propos lorsqu'il écrit que : « *L'idée de protection est à l'origine de la constitution du droit de la consommation parce que le consommateur a toujours été considéré comme une personne vulnérable. Il a besoin d'être protégé. Certains vont même jusqu'à dire que les consommateurs seraient les nouveaux incapables et qu'il convient de les protéger comme on a pu protéger les mineurs ou les incapables majeurs en mettent en place des règles protectrices. Le droit de la consommation serait une variante du droit des incapacités. (...) Le critère de la protection est insuffisant pour donner une définition du consommateur et pour caractériser le droit de la consommation* » [1065]. Quid des professionnels ?

2. De la prétendue supériorité des professionnels

386. - Éléments critiquables. Nous avons affirmé qu'il était impossible de réduire le consommateur à un modèle de référence, c'est d'ailleurs par surcroît très souvent inutile[1066]. De la même manière, il nous paraît sensiblement compliqué de rendre compte du droit de la consommation, en tant qu' « *ensemble de loi spéciales destinées à assurer la protection du consommateur* » [1067], en invoquant cette supériorité de fait des professionnels sur les consommateurs. A l'instar de ce qui a été observé s'agissant de la notion de consommateur, il faut souligner ici l'absence de définition de la notion par le législateur. La doctrine a encore une fois joué le premier rôle dans l'élaboration d'une définition. Divers critères ont été mis en lumière pour tenter d'isoler la notion : la compétence du professionnel, l'idée d'un lien direct avec l'activité professionnelle, ou encore celle de « chef d'entreprise »[1068]. En somme, à

[1065] *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 40. Cette citation confirme par surcroît certains constats qui ont été fait, en particulier celui d'un droit de la consommation s'étant forgé sur des considérations protectrices.

[1066] L'affirmation peut paraître tranchée, nous l'assumons. Il y a tellement de situations ambiguës, complexes, qui ne se laissent pas enfermer dans ce schéma de réflexion que ces catégories nous paraissent finalement artificielles, vaines… V. sur ce point les développements de S. Piedelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 25 et s. sur « *Le recours à une notion unitaire du consommateur* », l'auteur estime quant à lui qu' « *une définition du consommateur demeure nécessaire* ».

[1067] C'est la définition qui figure dans le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu.

[1068] Sur ces critères, V. G. Raymond, *précit.,* n° 35 à 37 ; également J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 3

chaque définition ses problèmes ; comme toujours, il est difficile (impossible ?) de trouver l' « essence » des choses.

387. - Rattachement à l'idée de protection des consommateurs. Le constat est identique que celui fait à propos de la notion de consommateur : on trouve d'abord dans les ouvrages des définitions de la notion de professionnel[1069], puis dans la foulée des considérations permettant d'insérer l'idée de protection des consommateurs, censée rendre compte de la logique globale de la matière. Cela est très clair dans le manuel de Calais-Auloy et H. Temple[1070] qui soutiennent que « *c'est le caractère habituel et organisé de l'activité qui fait la force du professionnel : il est, dans sa spécialité, plus compétent que le consommateur. Il existe donc un déséquilibre qui justifie l'application du droit de la consommation* »[1071]. Finalement, les professionnels semblent décris selon cette conception comme « *par hypothèse gens malhonnêtes, cherchant à abuser de la situation* »[1072]. La majorité des études ne souligne pas l'idée si évidente que les professionnels recherchent d'abord et avant tout des clients, clients qui faut fidéliser[1073] en les contentant, en leur offrant le meilleur au meilleur prix. Les professionnels ont tout intérêts à proposer les biens les plus utiles, les services les plus satisfaisants et les prix les plus attractifs sur le marché, cela pour atteindre l'objectif de base

[1069] V. par exemple Y. Auguet, *Droit de la consommation, op. cit.,* p. 34 : « *Le professionnel peut être défini comme « toute personne qui, dans un but patrimonial, exerce une activité habituelle et organisée »* » ; très proche de cette définition, V. celle proposée par J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 3 : « *Le professionnel est la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service* ».

[1070] Nous citons beaucoup l'ouvrage, mais cela nous paraît légitime eu égard à l'influence de J. Calais-Auloy sur le droit de la consommation.

[1071] *Cf.* J. Calais-Auloy et H. Temple, *précit.* L'idée avait d'ailleurs été avancée dès les premières lignes de l'ouvrage : « *La compétence du professionnel, les informations dont il dispose, et souvent sa dimension financière, lui permettent de dicter sa loi au consommateur* », V. *ibid.,* n° 1. Mais un argument contraire incite à écarter cette conception : le critère de compétence contredit le fait que les règles du droit de la consommation s'appliquent à un consommateur qui contracte avec un professionnel, mais dans un champ où il est compétent parce qu'il est lui même du métier. V. sur ce point les explications de G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 35 ; dans le même sens, D. Mazeaud estime que le critère de compétence « *pêche incontestablement par excès d'abstraction et de simplisme* », *cf.* obs., sous Cass. Com., 10 mai 1994.

[1072] Encore une fois la citation vient de l'ouvrage de messieurs Calais-Auloy et Temple (*cf. ibid*). Bien que justement les auteurs rejettent l'idée (ils écrivent en fait « *cela ne signifie pas que les professionnels sont par hypothèse des gens malhonnêtes)*, c'est bien ce sentiment qui reste une fois achevée la lecture de la grande majorité des travaux consacrés au droit de la consommation. C'est par surcroît ce qui ressort de la suite de la citation : « *Il n'en est pas moins vrai* (nous pensons quant à nous qu'en fait, c'est moins vrai) *que les professionnels sont, par la nature des choses, en position de supériorité, et que les consommateurs risquent d'en être les victimes* ».

[1073] En ce sens, G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 59 : « *Il est plus rentable de fidéliser sa clientèle par une bonne relation avec ses consommateurs qu'en utilisant des procédés plus ou moins fallacieux…* ».

de l'entreprenariat : gagner de l'argent. Ainsi le mythe de l'infériorité des consommateurs est né une autre croyance, croyance selon laquelle le professionnel est par hypothèse en situation de force[1074].

B. Le droit de la consommation et les mécanismes de désengagement : d'une conception de protection à une conception de régulation

388. - Idée directrice. Le consommateur n'est pas seulement une personne vulnérable, il est aussi un acteur essentiel dans le théâtre de la consommation. De la même manière, le professionnel n'est pas « par nature » en situation de supériorité et tenté d'abuser de sa position, les professionnels sont aussi des personnes qui travaillent sérieusement, qui aiment les choses bien faites et sont soucieux de la satisfaction de leurs clients. Si on admet cela, doit pour autant en déduire que le droit de la consommation n'a plus de raison d'être ? Plus spécifiquement pour ce qui nous concerne, doit-on en déduire que les mécanismes de désengagement n'ont plus d'utilité en dehors d'une finalité de protection ? Nous ne le pensons pas, bien loin s'en faut. Le droit de la consommation n'est pas seulement un mécanisme de protection, et l'affirmer serait réducteur.

389. - Plan. Nous avons montré plus haut comment et pourquoi le droit de la consommation s'était forgé sur l'idée de protection des consommateurs, qui a fini par dominer sans partage la matière et occuper la place centrale dans les développements consacrés à la matière. Or, et c'est sur ce constat que nous avons terminé l'analyse historique du droit de la consommation en tant que droit de la société de consommation[1075], le droit de la consommation n'est pas seulement un droit de protection, c'est aussi un droit régulateur du marché. C'est pour cela que nous avons entreprit la généalogie du droit de la consommation, en essayant de montrer le lien profond qu'il le lie à la société de consommation, soit une société fondée sur le marché, sur son bon fonctionnement et sur une logique de production

[1074] D'ailleurs, en France en 2011, 99,8% des entreprises sont des PME, pas nécessairement en situation de force. V. les chiffres du CEDEF, http://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme.

[1075] V. *supra,* n° 169 et 170.

engendrant la consommation et inversement (le cercle vertueux de la consommation !). En somme, le droit de la consommation ne peut pas se construire uniquement sur les dérives de ce système économique ; il doit nécessairement réguler le marché et garantir son bon fonctionnement (1). Lorsque l'on a compris cela, il devient possible de voir dans les mécanismes de désengagement autre chose que de simples dispositifs de protection. Les droits de rétractation, dans cette optique, semblent garantir au consommateur l'efficience d'un de ses quatre droits fondamentaux, en l'occurrence le droit de choisir (2).

1. Le droit de la consommation dans sa dimension régulatrice du marché

390. - Vers une logique de régulation. Certes nous avons défendu la position selon laquelle l'idée de protection dominait sans partage le discours des juristes en la matière. Mais voir dans le droit de la consommation une fonction de régulation n'est pas une révolution. L'idée a déjà été soutenue et tend à se faire une place au sein des analyses consacrées à cette branche du droit. En revanche, cette conception de la matière est apparue assez tardivement dans la doctrine française et elle a encore du mal à concurrencer l'idée de protection dans les écrits juridiques. Cependant, quelques auteurs présentent aujourd'hui la fonction de régulation du droit de la consommation comme un objectif tout aussi essentiel que la protection des consommateurs. Parmi eux, nous ne pouvons pas ne pas citer monsieur G. Raymond[1076], qui à nos yeux a rédigé l'ouvrage le plus pertinent de ce point de vue sur le droit de la consommation[1077]. L'auteur montre non seulement la prépondérance de l'idée de protection au sein du discours doctrinal[1078], mais aussi l'insuffisance de ce discours et enfin la nécessité de redonner à la matière sa dimension régulatrice du marché : « *Avec le droit de la concurrence et le droit de la distribution, il* (le droit de la consommation) *est aujourd'hui régulateur du marché. La première moitié du 21ème siècle a vu se poursuivre cette évolution du droit de la consommation (...) Le droit de la consommation s'éloigne de plus en plus de*

[1076] Nous avons énormément réfléchi, dans le cadre de cette thèse, à partir de l'ouvrage de G. Raymond. La lecture de son manuel nous a permis de renouveler notre regard sur la matière. Bref, nous avons beaucoup utilisé cet ouvrage et nous nous sommes largement inspirés de la doctrine de cet auteur pour développer notre argumentation.

[1077] Il est évidemment question ici des auteurs français.

[1078] Et comme nous avons tenté de le montrer.

l'emprise e l'idée de protection des consommateurs pour s'ancrer plus encore dans celle du droit du marché de la consommation »[1079]. Il devient donc indispensable de prendre toute la mesure des « *nouveau contours du droit de la consommation qui n'est plus seulement un droit de protection de la partie contractante faible, mais un droit de la régulation du marché* »[1080]. Les citations en ce sens ne manquent pas, en voici une dernière : « *Le droit de la consommation est d'abord apparu sous son angle de protection de la partie vulnérable du contrat, le consommateur faible par rapport au professionnel fort. Mais si on en reste là, on demeure dans une vision étriquée du droit de la consommation. L'idée de protection ne suffit pas à rendre compte de l'ensemble du droit de la consommation. Si le droit de la consommation a une fonction sociale, comme d'ailleurs toute règle de droit, c'est sa fonction économique qui doit être mise en évidence. Le droit de la consommation est, certes, un droit de protection, mais, s'il remplit cette fonction, c'est parce qu'il est constitué d'un ensemble de règles régulatrices. Il est une branche du droit des affaires* »[1081]. Notre travail s'inscrit entre autre dans cette perspective : remettre le droit de la consommation sur ses vrais pieds, à savoir le marché. Monsieur G. Raymond s'y est employé, à très juste titre il nous semble, et d'autres auteurs commencent à développer cet angle d'analyse.

391. - Une conception en voie de reconnaissance par la doctrine. Plusieurs auteurs ont récemment consacré des études qui vont dans le sens d'un renouvellement de notre conception de la matière. Dans la lignée de G. Raymond donc et approximativement à partir des années 2000 (soit une trentaine d'années après la naissance de la société de consommation), un mouvement contradictoire émerge en France, mouvement qui tend à replacer l'analyse du droit de la consommation dans le champ du droit des affaires. Parmi

[1079] *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* Avant-propos.

[1080] V. *ibid.,* n° 15.

[1081] V. G. Raymond, *précit.,* n° 59. La suite de la citation est également très intéressante : « *Le droit de la consommation apparaît comme un droit de la régulation du marché au même titre que le droit de la concurrence. Dire cela, ce n'est pas étendre le domaine du droit de la consommation, mais lui donner toute l'importance qu'il mérite. Il est une branche du droit des affaires et c'est sous cette qualification qu'il est enseigné dans certaines universités étrangères. Tant qu'en France on continuera à faire du droit de la consommation un ensemble de règles de protection en faveur de la partie faible au contrat, ce droit ne pourra prendre la place qui est la sienne dans notre corpus juridique. Le droit de la consommation cherche à établir un équilibre entre la liberté contractuelle et la liberté de la concurrence, d'une part, entre le libre consentement du consommateur et la dureté du monde des affaires, d'autre part. Il constitue un ensemble de règles régulatrices du marché des produits et services, mais aussi des relations contractuelles* ». C'est pour ces raisons que G. Raymond organise son manuel en trois parties, consacrées à : *La régulation du marché de la consommation, La régulation des contrats de consommation, La mise en œuvre de la régulation*. Redisons une fois encore à quel point nous partageons l'idée qui vient d'être exposée. Nous souhaitons, par notre travail, contribuer à redonner au droit de la consommation « *la place qui est la sienne dans notre corpus juridique* ».

lesdits auteurs, nous pouvons citer monsieur J.-P. Pizzio qui publie en 2004 un article intitulé : « *Le droit de la consommation à l'aube du 21ème siècle, Bilan et Perspectives* »[1082]. Comme nous allons le voir, le discours a bien changé en à peine trois décennies. D'abord et conformément aux prescriptions qui figurent dans l'ouvrage de G. Raymond, le lien avec le droit des affaires apparaît très tôt dans l'analyse[1083], la reconnaissance d'un droit de la consommation appartenant au droit du marché aussi[1084]. Mais encore plus intéressants sont les propos qui suivent. L'auteur, alors qu'il réfléchit sur l'évolution des fondements de la matière, reconnait la nécessité d'intégrer la dimension régulatrice dans le droit de la consommation : « *La protection des consommateurs ne peut s'affranchir des impératifs du marché intérieur qui commandent que soit trouvé un juste équilibre entre les intérêts consuméristes et les libertés de circulation* »[1085]. Le droit de la consommation deviendrait ainsi « *un instrument de régulation du marché intérieur devant participer activement à la circulation des biens de*

[1082] *Cf.* J.-P. Pizzio, *Le droit de la consommation à l'aube du 21ème siècle, Bilan et perspectives, in Liber Amicorum Jean Calais-Auloy,* Dalloz, LGDJ, 2004. Soit dit en passant, monsieur Pizzio a contribué à la diffusion de la pensée consumériste centrée sur la protection comme nous l'avons vu, par exemple s'agissant de l'analyse du démarchage qu'il propose au début des années 1970 (V. *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, *RTD. Civ.* 1976, p. 66). Mais comme nous l'avons dit, il n'est pas question de blâmer les auteurs en question, bien au contraire. Nous avons vu que le discours protectionniste trouvait sa « cause » dans l'histoire, dans un contexte très particulier. Et il est vrai que la protection des consommateurs constitue un enjeu majeur de notre société de marché. La seule chose que nous déplorons, c'est la tendance actuelle à voir uniquement cet dimension de protection, alors que tout laisse penser que ce droit, en tant que droit de la société de consommation (fondée sur le marché), est également un droit de régulation. Et comme le prouve cet article, certains auteurs ont bien compris la nécessité de faire évoluer le discours traditionnel, classique, et surtout réducteur.

[1083] « *Intervenant au dernier stade du processus économique de production et de distribution des biens de consommation pour régir les rapports entre professionnels et consommateurs, ce droit entretient des rapports privilégiés avec le droit de la concurrence qui régule en amont les rapports entre professionnels et garantie le libre jeu de la concurrence dont les consommateurs sont les bénéficiaires finals* », *cf.* J.-P. Pizzio, *Le droit de la consommation à l'aube du 21ème siècle, Bilan et perspectives,* n° 1. V. également sur ces rapports Y. Serra et J. Calais-Auloy (sous la dir.), *Concurrence et consommation,* Dalloz, 1994 ; C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *Droit du marché,* PUF, 2002, p. 108 et s.

[1084] C'est ce qu'exprime l'auteur dans la foulée puisqu'il reconnaît que le droit de la consommation et le droit de la concurrence sont « *fortement imbriqués* ». Toutefois monsieur Pizzio estime que ces matières « *conservent néanmoins leur spécificité, puisque le droit de la concurrence se présente comme un droit d'ordre public économique de direction assurant le bon fonctionnement du marché au nom de l'intérêt général alors que le droit de la consommation apparaît comme un droit d'ordre public économique de protection dont l'objet est la défense des intérêts privés des consommateurs présumés en situation de faiblesse face aux professionnels* », V. *ibid.* Précisons qu'il y a des arguments qui contredisent cette explication. Pour ce qui nous concerne, nous rejetons l'assertion, il est tout a fait possible de voir dans le droit de la consommation un droit d'ordre public de direction. Comme en témoignent certaines décisions de la Cour de cassation et certaines dispositions du Code de la consommation, il est parfois question de nullité absolue venant sanctionner certains manquement du professionnel (c'est le cas s'agissant d'un manquement relatif au mécanisme de désengagement, lorsque le consommateur n'est pas informé de son existence ou si sa mise en œuvre a été complexifiée). Nous y reviendrons plus en détail, V. *infra,* n° 393. -

[1085] V. J.-P. Pizzio, *Le droit de la consommation à l'aube du 21ème siècle, Bilan et perspectives,* n° 1.

consommation… »[1086]. Monsieur Pizzio remarquait aussi[1087] dans son analyse l'évolution de la conception nouvelle que l'on se fait du consommateur : un acteur qui doit jouer son rôle dans la société de consommation, une personne active sur le marché[1088]. Nous pouvons également rappeler la position de madame Aubry qui dans sa thèse souligne clairement cette dimension de régulation indéfectiblement liée aux droits de rétractation : « *il peut être tenu pour acquis que****, pour permettre au consommateur de jouer pleinement son rôle d'acteur économique sur le marché, les autorités communautaires ont voulu faciliter l'existence d'un consentement libre et éclairé.*** *A cette fin, elles ont eu recours à des dispositifs de protection (…) l'institution d'un droit de rétractation* »[1089]. En somme, il y a bien dans cette proposition un rattachement évident entre les mécanismes de désengagement et les nécessités économiques comme le bon fonctionnement du marché. Ce point de vue nous paraît particulièrement intéressant et nous nous joignons pleinement à cette proposition.

392. - Le droit de la consommation, entre protection et régulation. Le droit de la consommation serait donc « *partagé entre deux finalités (…) un droit de protection qui possède la particularité de participer aussi à la régulation du marché* »[1090]. C'est pourquoi monsieur Pizzio structure son étude autour de cette dualité d'objectifs[1091]. Il y a là la marque d'un tournant au sein du discours doctrinal, qui paraît modifier son analyse. Une autre étude récente expose cette conception plus « moderne », elle a été menée par monsieur Stoffel-

---

[1086] *Cf. ibid.* C'est bien l'idée sur laquelle insiste l'auteur, il ajoute en ce sens que « *le droit de la consommation ainsi réorienté vers la réalisation du marché intérieur de la consommation, quitte le terrain du droit civil pour rejoindre le droit économique dont l'objectif est d'agir sur les mécanismes du marché* ». Précisons que nous ne partageons l'affirmation selon laquelle « *le droit de la consommation quitte le droit civil* », en sous-entendant que le droit civil est un droit de protection opposé à un « *droit économique* ». Nous pensons que le droit doit toujours s'appuyer sur l'économie. D'ailleurs, il paraît douteux que les rédacteurs du code aient ignoré les impératifs du commerce. Simplement, le droit s'adapte au marché qu'il régule. Ainsi, dans un système d'échange beaucoup plus lent (tel que celui qui existe au 19ème siècle) que celui que nous connaissons, le transfert de propriété par l'échange des consentements apparaît comme une règle très favorable au commerce.

[1087] V. ce que nous avons dit plus haut, *supra,* n° 391. -

[1088] « *Cette conception passive du rôle du consommateur a cédé le pas à une autre conception plus dynamique faisant de ce même consommateur un acteur du marché intérieur devant tirer profit de cet espace économique pour faire jouer la concurrence et consommer. (…) A cette conception s'attache une politique visant à promouvoir les intérêts des consommateurs sur le marché et non plus seulement à le protéger contre la supériorité des professionnels* », V. J.-P. Pizzio, *précit,* n° 3.

[1089] *Cf.* H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, op. cit.,* n° 78.

[1090] *Cf. ibid.,* n° 4.

[1091] L'auteur développe l'idée de régulation au n° 27 et s.

Munck[1092]. On trouve dans l'article précité une position assez proche de celle de monsieur Pizzio. En effet, et par delà un titre déjà très significatif, l'auteur écrit : « *Mon sentiment est que le droit de la consommation envisage le rapport entre le consommateur et le professionnel comme une relation anonyme de marché (je dirais presque, en jouant sur les mots mais pour mieux montrer l'idée, une relation de supermarché) et non comme une relation reflétant l'individualité des acteurs. Comme l'analyse de son contenu l'a montré, le code de la consommation vise à réglementer ce marché spécifique qu'est le B to C : il définit ses institutions, sa police et organise la régulation de ses pratiques essentielles, ce qui explique la place qu'il consacré aux pratiques commerciales* »[1093]. On voit ainsi que la doctrine commence à donner au droit de la consommation une place qu'il n'avait pas jusqu'à maintenant. Ce changement de cap semble bien conforter l'hypothèse que nous avons formulée en début de paragraphe, à savoir que l'analyse doctrinale centrée sur la protection des consommateurs est insuffisante pour rendre compte du droit de la consommation en général et du désengagement en particulier. On regrettera toutefois que lesdits auteurs n'aient pas vraiment appliqué cette conception aux mécanismes de désengagement.

393. - Reflet de ce problème au travers de la question des nullités en droit de la consommation. La question des nullités est assez intéressante pour se rendre compte de cette double finalité du droit de la consommation. Rappelons d'abord que les mécanismes de désengagement s'exercent de manière discrétionnaire, unilatérale, gratuite et surtout, ils relèvent le l'ordre public ! L'absence du mécanisme dans un contrat où il est légalement prévu entrainerait donc sa nullité ! Et le débat doctrinal relatif à la conception du droit de la consommation se retrouve dans l'analyse des nullités et de l'ordre public. Dans la conception classique, fondée sur un esprit civiliste et individualiste, c'est la nullité relative qui sanctionne l'atteinte à l'ordre public, cela parce que les auteurs rattachent les dispositifs de désengagement à l'ordre public de protection[1094]. A l'inverse, les défenseurs de la conception

[1092] V. Ph. Stoffel-Munck, *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, RTD com.,* 2013, p. 705 ; rappr. V. Forray, *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, in Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats,* Quezel-Ambrunaz C. (sous la dir.), UDS, CDPPOC, 2012, p. 254, l'auteur explique que le droit des contrat « *devient le droit de ceux qui se procurent des biens et des services sur le marché intérieur droit des droit des consommateurs. **Bien souvent il est, à la place d'un droit de l'engagement, un droit du désengagement** (droit de rétractation, clauses abusives). Il promeut l'utilité du contrat (contrat-opération) à la place de sa force obligatoire* ». Le lecteur verra ici un article qui nous a beaucoup inspiré.

[1093] *Ibid.,* n° 19.

[1094] Clairement en ce sens, J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 115 : « *L'inobservation des règles concernant le démarchage est d'abord sanctionnée par la nullité du contrat. Celle-*

moderne plaideront pour un rattachement à l'ordre public économique de direction entrainant pour sanction une nullité absolue. Y-a-t-il des éléments permettant de se positionner en faveur de l'une ou l'autre de ces propositions doctrinales ?

394. - Plaidoyer en faveur de la conception moderne. Le principe de la nullité ne pose pas de difficultés, reste une controverse quant au caractère relatif ou absolu de cette nullité. La jurisprudence a évolué à cet égard. La Cour de cassation a d'abord refusé aux parties la possibilité de confirmer le contrat, il s'agissait donc d'une nullité absolue[1095]. La Cour suprême opère un revirement de jurisprudence en 1995 en affirmant que la nullité est relative1096. Finalement, par un arrêt en date du 2 octobre 20071097, les juges du droit confirment leur position : « *Mais attendu que la méconnaissance des dispositions des articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation édictées dans l'intérêt des personnes démarchées à domicile que ces textes ont vocation à protéger est sanctionnée par une nullité relative* ». Dans cet arrêt donc, la Cour de cassation fonde sa solution sur une conception particulière du droit de la consommation, c'est ce qu'observe le professeur G. Raymond dans son ouvrage : « *Cette décision doit être reliée à l'opinion que l'on se fait du droit de la consommation qui, pour la Cour suprême, n'est pas un droit de régulation des marchés, mais un ensemble de règles protectrices du consommateur. Ce caractère relatif de la nullité ne peut donc être que contesté ; l'article L. 141-4 du Code de la consommation, qui permet au juge de relever d'office les irrégularités du contrat conclu par démarchage, semble aller en ce sens* »1098. Ainsi, il y a là une décision politique arbitraire, sans fondement et sans

---

ci n'est expressément prévue que pour l'omission d'une mention obligatoire, mais elle peut être invoquée pour toute autre inobservation de la loi, du moment qu'il s'agit de dispositions d'ordre public. Ordre public de protection : la nullité est relative, elle ne peut être demandée que par le client irrégulièrement démarché. Mais le juge peut, depuis la loi du 3 janvier2008, la soulever d'office ». Nous allons revenir sur cette dernière affirmation assez surprenante.

[1095] En ce sens, Cass. 1ère civ. 16 mars 1994, *Contrats, Conc., Consom.,* 1994, comm. 152 ainsi que CA Metz, ch. Civ. 3 décembre 1992, *Contrats, Conc., Consom.,* 1993, comm. 144.

[1096] *V.* Cass, 1ère civ. 28 novembre 1995, *Contrats, Conc., Consom.,* 1996, comm. 34.

[1097] V. Cass. 1ère civ., 2 octobre 2007 : *Contrats. Conc. Consom.,* 2008, comm. 29

[1098] *Cf.* G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 383 ; le commentaire de l'arrêt du 2 octobre 2007 précité va également férocement en ce sens : « *La Cour de cassation persiste à juger que la nullité des contrats, conclu en contravention aux dispositions des articles L. 121-21 et s. du Code de la consommation, est une nullité relative, non une nullité absolue. Elle n'a pas modifié sa conception du droit de la consommation qui demeure, pour elle, un droit de protection de personnes faibles, pour ne pas dire incapables, non un droit de régulation du marché. Pourtant, les décisions de la CJCE, relatives à la saisine d'office du juge, devraient l'inciter à considérer que les dispositions d'ordre public, contenues dans le Code de la consommation, relèvent de l'ordre public de direction non de l'ordre public de protection puisque cette distinction n'est pas remise en cause. On aimerait que le dernier arrêt de la CJCE en matière de crédit la consommation incite la Cour suprême à renouer avec sa jurisprudence primitive en la matière. Peut-on espérer ce retour à une première analyse qui*

motivation. La Cour suprême prend une posture difficilement conciliable avec l'article L. 141-4 du Code de la consommation qui dispose que : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ». Messieurs J. Calais-Auloy et H. Temple n'avaient pas plus expliciter leur point de vue à ce sujet : « *la nullité est relative, elle ne peut être demandée que par le client irrégulièrement démarché. Mais le juge peut, depuis la loi du 3 janvier 2008, la soulever d'office* »[1099]. Force est d'admettre que l'on peut faire mieux, en termes d'argumentation… Une telle décision, en adéquation avec l'assertion précédente, elle réduit le droit de la consommation à une dimension de protection et rejoint ainsi la conception classique du droit de la consommation. Elle rejette la dimension collective, régulatrice d'un dispositif profondément lié au marché. Ce débat sur la question des nullités, sur le caractère d'ordre public des dispositifs (de direction donc !) et sur l'office du juge[1100] incite plutôt à défendre la vision moderne de la matière. Les sanctions civiles démontrent que le droit de la consommation s'inscrit dans une sphère plus grande que la relation entre un professionnel et un consommateur, elles l'insèrent dans un processus

---

paraissait la bonne ? » ; J.-P. Pizzio, *Le droit de la consommation à l'aube du 21ème siècle, Bilan et perspectives,* n° 25 et s.

[1099] *Cf.* J. Calais-Auloy et H. Temple*, Droit de la consommation, op. cit.,* n° 115

[1100] V. s'agissant de l'office du juge, G. Poissonnier, *Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation, Contrats, Conc. Consom.,* n° 5, mai 2009, étude 5. L'auteur semble avoir à cœur de lier les deux dimensions, ou finalités du droit de la consommation. Concilier la protection et la régulation, l'intérêt privé et l'intérêt collectif. V. par exemple le n° 6 : « *Et la distinction « archaïque » entre nullité relative et nullité absolue sanctionnant l'acte irrégulier, qui constituait le socle de la jurisprudence de la Cour de cassation, ne commande plus les pouvoirs du juge. Le relevé d'office est précisément nécessaire pour rendre effectives, et non seulement théoriques, les sanctions prévues par le Code de la consommation, afin de rétablir un équilibre par nature rompu entre consommateurs et professionnels et de contribuer à la régulation du marché* » ; n° 12 : « *Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du Code de la consommation,* ***en l'absence du défendeur****. La jurisprudence Grine de la Cour de cassation, fondée sur l'idée qu'une nullité relative ne peut être soulevée que par la partie protégée, semblait radicalement opposée au relevé d'office en l'absence de comparution du défendeur* » ; la conclusion est également intéressante : « *Le nouvel article L. 141-4 indique que le juge « peut soulever » une disposition du Code de la consommation. Ont été ainsi exclues la formule « doit soulever » et celle usant du présent indicatif telle que « le juge soulève », qui toutes deux suggèrent l'obligation. Il est regrettable que le juge ne se soit vu accorder qu'une faculté et non une obligation de relever d'office les dispositions protectrices du Code de la consommation. Mais le texte est clair et le doute n'est pas permis sur la nature du relevé d'office : il ne fixe aucun devoir au juge, qui dispose d'un simple pouvoir, d'une faculté, de soulever d'office les moyens tirés du Code de la consommation. De ce fait, les juges étant indépendants, plusieurs pratiques risquent de voir le jour entre ceux qui ne relèvent pas ou rarement un moyen issu du Code de la consommation, et ceux qui le feront plus fréquemment. Toutefois, en pratique, plusieurs arguments solides pèsent en faveur d'une sorte* ***d'obligation professionnelle du juge de relever d'office****, de manière systématique, le ou les moyens pertinents dès qu'une disposition du Code de la consommation a été violée par l'une des parties au litige : le droit de tout consommateur au bénéfice de la protection prévue par la loi et de la régulation du marché de biens et services auquel il a accès et dont il doit pouvoir profiter ; la double finalité du droit de la consommation qui est de protéger le consommateur mais aussi de moraliser le marché donnant ainsi au juge un double rôle de protecteur et de régulateur ; (…)* ». V. dans le même sens et du même auteur, *Interdiction et sanction du déblocage prématuré des fonds en droit du crédit à la consommation, D.* 2010, p. 2210. Tout cela montre bien que l'aspect régulateur du droit de la consommation, largement éclipsé jusqu'à maintenant, mérite bien d'être mis en avant.

économique plus vaste : le marché. Appliquons cette vision nouvelle aux mécanismes de désengagement.

2. Les dispositifs de désengagement : des mécanismes juridiques garantissant au consommateur l'effectivité de son droit de choisir

395. - L'essentiel. Rappelons d'abord que dans un discours célèbre[1101], le président américain J.F. Kennedy exposait les droits fondamentaux du consommateur : le droit d'être entendu, le droit à la sécurité, le droit d'être informé et le droit de choisir. Rappelons ensuite la grande déception de la doctrine en 1993 face au prétendu manque de cohérence du Code de la consommation. Quelques citations permettrons de se remémorer cela : certains auteurs avaient ainsi soutenu qu'en tant que « *simple compilation, le code de la consommation reproduit les imperfections des textes antérieurs, et notamment leur manque de cohérence* »[1102]. Un autre écrivait que « *Cette codification est décevante à plusieurs égards. Les dispositions relatives à la protection des consommateurs ne figurent pas nécessairement dans le Code de la consommation. […] La critique essentielle que l'on peut adresser à cette codification tient à ce que l'on a compilé différents textes qui n'avaient pas nécessairement la même philosophie, ce qui donne un corps de texte sans unité de pensée qui comporte de nombreux oublis. D'une certaine façon, il se présente comme un simple document de travail qui améliore partiellement la situation précédente, sans être porteur d''une quelconque philosophie* »[1103]. Mettre en lien le code de la consommation avec les droits fondamentaux du consommateur exposés par le président Kennedy permet, ce nous semble, de donner au Code de la consommation une cohérence réelle et sérieuse.

396. - Retour sur le plan du Code de la consommation. La partie législative du code de la consommation est scindée en cinq livres, les voici : le premier est consacré à « l'information des consommateurs et (à la) formation des contrats », le deuxième s'intitule

[1101] *Cf.* J.F. Kennedy, Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest, mars 1962. V. *supra,* n° 157 pour un extrait de ce discours.

[1102] V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 37.

[1103] *Cf.* S. Piedelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 8.

« conformité et sécurité des produits et des services », la troisième porte sur l' « endettement », le quatrième évoque les « associations de consommateurs » et le livre cinquième organise les « institutions ». Il est possible, il nous semble, de lier ces diverses considérations aux fameux droits fondamentaux du consommateur consacrés par le discours du président Kennedy. En effet, ne peut-on pas clairement rattacher les deux derniers livres au droit d'être entendu. En effet, en réglant la question de l' « agrément des associations », ainsi que celle (essentielle !) des « actions en justice des associations », il paraît pertinent de penser que les dispositifs ici prévus se rattachent au droit d'être entendu. Il s'agit de représenter les consommateurs, de les aider, et de tenir compte de leurs intérêts. Par ailleurs, nous avons évoqué un livre deuxième relatif à la « conformité et à la sécurité des produits et des services ». Nous avons donc une référence explicite au droit à la sécurité. Que dire de la conformité ? Il nous semble que, dans la mesure où est conforme ce « *qui répond ou correspond exactement à ce qui était promis ou envisagé* »[1104], l'idée de conformité renvoie d'une part au droit à l'information et d'autre part au droit de choisir. En effet, le fait qu'un produit ou un service soit « conforme » signifie que l'information qui a été faite au consommateur a été faite avec sérieux. Il garantie également au consommateur un choix en connaissance de cause. Il est évident que si le consommateur reçoit un produit ou un service qui ne correspond pas à ses attentes et surtout aux promesses faites par le professionnel, alors il aurait choisit un autre produit ou un autre prestataire. Le droit à l'information apparaît lui aussi de manière très explicite. A l'appuie de cette affirmation, notons que le premier titre du premier livre traite de « *l'information des consommateurs* ». Le lecteur trouvera également des dispositions relatives à l'information éparpillées un peu partout et des mécanismes d'information sont prévus dans la totalité des dispositifs du droit de la consommation. Dès lors, il semble que l'organisation du code de la consommation tienne compte de ces droits fondamentaux exposés par Kennedy en 1962[1105]. Cela va se confirmer avec l'exemple du désengagement contractuel, en tant qu'il garantit au consommateur un degré de liberté important sur le marché, le désengagement permet au consommateur de faire son choix.

[1104] *Cf.* G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°.

[1105] Peut-être pouvons nous dire quelques mots du livre troisième consacré à l' « endettement ». Là encore, il semble que la complexité et le particularisme des dispositifs liés au crédit justifiaient que le législateur leur donne une place à part. Mais il suffit de regarder le détail de ce livre pour comprendre qu'en fait, nous retrouvons les droits fondamentaux du consommateur, mais en matière de crédit. Ainsi on trouve une section sur l'information pré-contractuelle, sur la formation du contrat, sur les informations devant figurer dans l'acte, sur l'exécution du contrat de crédit, etc.

397. - Désengagement contractuel et droit de choisir. Choisir, c'est « *adopter quelqu'un ou quelque chose de préférence aux autres* »[1106]. Le consommateur, face à des offres permanentes et surtout, extrêmement nombreuses, doit être en mesure de satisfaire ses propres intérêts, les contrats qu'il conclut doivent avoir une utilité pour lui[1107]. C'est maintenant que le lecteur doit se rappeler des développements historiques qui nous ont amenés à formuler l'idée que le droit de la consommation était le droit de la société de consommation. Nous retrouvons en effet maintenant toutes les considérations libérales qui ont fondées notre société de consommation. Remémorons nous la *Fable des abeilles* de Mandeville[1108], l'expansion du libéralisme économique dès le 18ème siècle ; en somme, rappelons ce moment où des penseurs vont défendre l'idée qu'il faut assurer un maximum de liberté aux agents économiques pour que le marché se régule. Nous n'allons pas reprendre l'histoire du libéralisme, mais nous ne pouvons pas ne pas nous rappeler des leçons tirées de cette histoire. La liberté sur le marché est une idée fondamentale sur laquelle s'est construite notre société de consommation moderne[1109]. L'état doit garantir cette liberté et quoi de mieux que le droit pour soutenir un projet économique ? Ainsi le législateur devait se munir de nouvelles armes pour assurer la défense de cette liberté. Les consommateurs, pleinement capables de choisir l'opération économique la plus intéressante pour eux, en sortiront gagnant et donc, tout le monde y gagnera. Nous pensons en conséquence que voir dans la faculté de se désengager un outil au service du marché n'est pas une entreprise vide de sens[1110]. Lorsque le

---

[1106] Cette définition est issue du Petit Larousse illustré, 1986.

[1107] V. à nouveau V. Forray, *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, loc. cit.,* p. 252 : « *Le consommateur dispose du droit d'apprécier l'utilité du bien ou du service qu'il se procure sur le marché. Le pouvoir de se libérer du contrat répond à celui de vérifier l'opportunité de l'échange pendant un certain temps. Le droit de rétractation sert une sorte de faculté générale d'agrément des biens et servies dans l'Union européenne ; il s'agit « d'ouvrir une chance » à l'intention du consommateur* ».

[1108] *Supra,* n° 91.

[1109] Rappelons par exemple l'influence de la société du Mont Pèlerin (V. *supra,* n° 144 et s.), et en particulier celle de Hayek qui écrivait : « *on garantit à l'individu certains des éléments de la situation dans laquelle il aura à choisir* », V. *Droit, Législation et Liberté,* Paris, PUF, « Quadrige », 2007, préf. Nemo, p. 563. Ce qui confirme cet objectif majeur qu'est la liberté des agents économiques.

[1110] Rappelons une fois encore la position intéressante de madame Aubry qui voit dans les droits de rétractation un moyen de : « ***permettre au consommateur de jouer pleinement son rôle d'acteur économique sur le marché*** », V. *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, op. cit.,* n° 78. Dans sa thèse, l'auteur rattache toujours l'idée de protection des consommateurs à cette idée de régulation du marché. Nous ne pouvons que nous joindre à ce propos. La dimension régulatrice du droit communautaire apparaît clairement dans la conclusion de cet ouvrage, V. n° 496 : « *Le droit communautaire étant « substantiellement ou fonctionnellement économique », la législation communautaire a pour but essentiel de favoriser la production, la circulation et la consommation des richesses au sein du marché unique : l'entrée et l'activité des agents économiques sur le marché doivent donc être facilitées. A cette fin, les autorité économique communautaires ont adopté des dispositions relativement précises s'appliquant à certaines catégories d'agents économiques dont l'activité, essentielle au fonctionnement du marché, risque d'être ralentie si elle n'est pas protégée par le droit* ».

consommateur bénéficie d'un droit de rétractation, qu'il peut revenir sur son engagement, ne peut-on pas légitimement penser que son droit de choisir est assuré. Les avantages d'un tel mécanisme sont nombreux : il permet parfois d'essayer la chose, de tester son utilité. Dans d'autres circonstances, il assurera au consommateur la possibilité de comparer des offres *a posteriori*[1111]. Dans tous les cas, le législateur a semble t-il eu cette volonté d'augmenter les chances que les consommateurs de fassent « de bonnes affaires ». Grâce à une telle faculté, les professionnels ne pourront plus espérer la conclusion de contrat sans que la concurrence n'ait joué. Il pourrait nous être rétorquer que ces mécanismes protègent les consommateurs, conformément à la présentation doctrinale classique. Nous pensons évidemment qu'il y a un aspect protecteur dans ces dispositifs, mais la manière de penser cette dimension de protection n'est absolument pas la même. Dans un cas, le consommateur fait figure d'éternel incapable (au sens juridique !), sans cesse abusé et inapte à se défendre ; dans l'autre cas, le consommateur est vu au contraire comme un vecteur de la « richesse des nations »[1112]. Les consommateurs ont une force : ils peuvent choisir le professionnel avec lequel ils vont contracter, ce qui veut dire qu'ils ont le pouvoir de permettre aux uns de gagner de l'argent, aux autres d'en perdre.

398. - Exemple du démarchage. Nous ne revenons pas sur la méfiance de la doctrine à l'égard de cette pratique[1113], ni sur le détail de la faculté offerte au consommateur afin de changer d'avis[1114]. Mais il est évident qu'une telle faculté permet au consommateur, à tête reposée, de se connecter à internet, pour s'informer sur les offres similaires et voir si oui ou non l'offre du démarcheur est intéressante, opportune, utile, etc. La doctrine en général, explique bien cela, mais en ayant insisté auparavant sur la nécessité de protéger celui qui, dérangé chez par un professionnel habile et mal avisé, qui savent « *forcer les portes et les consentements* » disait J. Calais-Auloy[1115]. En somme, c'est cette ambiance permanente de méfiance, de danger, qui plane sur tous les ouvrages de droit de la consommation qui pose

[1111] Comp. la position de M. Schulte-Nölke, explicitée par E. Poillot dans sa thèse *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats,* BDP, T. 463, LGDJ, 2006, préf. P. de Vareilles-Sommières, n° 251 : « *le droit communautaire laisserait, en raison de l'importance qu'il accorde à la politique de marché, la possibilité au consommateur de prendre le temps de la* ***réflexion afin de contrôler également l'état du marché relativement au type de contrat qui l'intéresse*** ».

[1112] Pour faire allusion à l'ouvrage d'A. Smith. Pour quelques indications sur cet ouvrage, V. *supra,* n° 94.

[1113] *Supra,* n° 11 et s.

[1114] *Supra,* n° 27.

[1115] V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 110.

problème. De méfiance envers les professionnels et parallèlement, une constante référence à l'idée qu'il faut protéger un faible, le consommateur. C'est donc une vision différente sur le mécanisme de rétractation que nous proposons ici. Il ne s'agit pas de dire que tout ce qui a été écrit en droit de la consommation n'est pas pertinent, ou pas assez, ou quoique ce soit d'autre. Il s'agit simplement de proposer un regard différent sur un même objet : les droits de repentir. Ces derniers doivent être analysés dans une dimension globale[1116], mettant en lien tous les consommateurs et tous les professionnels. Le droit de rétractation bénéficie à tous les agents : aux consommateurs qui peuvent choisir, aux professionnels qui ont plus de chance de voir jouer la concurrence ; en somme le cercle vertueux de la consommation dépend entre autre du de la liberté des consommateurs. Prenons un autre exemple particulièrement significatif pour notre démonstration.

399. - Le droit de rétractation dans les prestations de service à distance. Il y a là il nous semble un exemple très intéressant pour se rendre compte de l'intérêt d'une vision nouvelle des droits de rétractation. Faire de l'idée de protection le centre de gravité de tout le raisonnement empêche dans certaines situations de percevoir toute l'utilité des droits de rétractation. Ainsi, lorsque nous prenons les développements relatifs à la rétractation dans les prestations de service à distance figurant dans l'ouvrage de J. Calais-Auloy et H. Temple, nous pouvons que : « *La symétrie établie par la directive, en cette matière, entre biens et services, nous paraît être une fausse symétrie. On comprend que le consommateur, ayant acheté un objet à distance, ait le droit de renvoyer celui-ci après l'avoir reçu et avoir pu l'examiner. On comprend moins que le consommateur, après avoir commandé un service à distance, puisse se rétracter. Il ne le connaîtra qu'une fois l'exécution commencée ; paradoxalement, il est alors privé du droit de rétractation* »[1117]. Mais ne peut-on pas rétorquer à ce qui précède que le droit de rétractation n'a pas pour seule fonction de garantir au consommateur l'utilité de la chose, et en particulier lorsque le professionnel a commencé à

[1116] Rappr. V. Forray, *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, loc. cit.,* p. 252-253 : « *L'institution du droit de rétractation obligatoire n'est concevable que dans la mesure où le contrat n'est pas pensé isolément. Dans le cas contraire, la théorie du contrat s'organiserait autour d'un paradoxe. Une partie offre le droit de contracter et le droit de ne pas contracter ; l'acceptant consentirait sans consentir. Le modèle du contrat comme accord de volontés / échange de promesses n'en sort pas indemne. L'obligation d'assurer systématiquement au consommateur un droit de rétractation n'est tenable que si le risque de rétractation peut être mutualisé, c'est-à-dire si l'offrant est en capacité de le répartir. Tel est le cas lorsqu'il propose simultanément l'opération à un grand nombre de demandeurs, lorsqu'il projette son activité dans un lieu d'échanges. Il s'agit d'un mécanisme global de répartition des risques ; mécanisme au service du marché, et pas du contrat comme promesse* ». V. aussi pour le droit communautaire, H. Aubry, *précit.,* note 1013.

[1117] V. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.,* n° 107.

travailler. Mais le consommateur pourra pendant la durée du délai de rétractation comparer les offres faites pour un service similaire et donc **le consommateur pourra choisir.** Là réside l'intérêt principal des droits de rétractation ; droits au service du marché[1118] et cet exemple nous a paru particulièrement significatif pour montrer les limites d'une conception trop « protectionniste » de la matière.

[1118] *Cf.* V. Forray *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, loc. cit.,* p. 239 : « *Le droit européen de la consommation associe le contrat au marché. Le droit des contrats qu'il inclut rend possible le fonctionnement du marché. On peut parler de régulation. On peut aussi de fonction catallactique du droit des contrats. Faire un droit du marché est une recherche d'équilibre juridique qui diffère de l'équilibre des prestations économiques. Celui-ci veut égaliser les valeurs des choses et des services ; celui-là veut égaliser les droits des acteurs. (...) L'intérêt des acteurs, ceux qui produisent, ceux qui vendent, ceux qui consomment, commande que le marché intérieur fonctionne au mieux (...) Tout le monde a intérêt à ce que le marché fonctionne* ».

Section 2
Préserver l'intégrité de la théorie générale du contrat

400. - Le problème de l'intégration et le problème de la hiérarchie. L'entreprise doctrinale qui consiste à penser le désengagement au travers de la théorie générale du contrat est susceptible de deux types de critiques. D'abord, toutes les propositions faites par les auteurs s'agissant de la nature des droits de rétractation posent des difficultés théoriques, si bien qu'aucune ne paraît pleinement satisfaisante[1119] (§1). Ensuite, si l'on remarque ces difficultés théoriques et que l'on admet que le désengagement est un phénomène de marge, exceptionnel, c'est un autre problème qui surgit, celui de la hiérarchie qui s'établit entre la théorie générale et le droit spécial (§2). Il semble qu'en revenant sur ces deux points, on comprenne que le problème tient au fait que la théorie générale n'a pas été faite pour expliquer le désengagement caractéristique du droit de la consommation[1120]. La théorie générale est un système qui se suffit à lui même. Le projet civiliste est comme nous l'avons vu[1121] un projet de civilisation, il s'agit d' « *élever des hommes capables de promettre* », et le contrat civiliste paraît empli de cette idée. Dans le droit de la consommation, ce n'est pas tant la promesse qui fonde l'institution contractuelle, le contrat devient, de manière plus pragmatique, un instrument d'échanges économiques, un moyen de se procurer sur le marché des biens et des services.

[1119] Nous allons y revenir mais soulignons maintenant que ces insuffisances n'avaient pas échappé au doyen J. Carbonnier, *cf. Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 1030.

[1120] Comp. V. Forray, *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, loc. cit.,* p. 240 : « *La mise en balance des intérêts – ceux des consommateurs, ceux des professionnels – infléchit le concept de contrat. La concurrence déborde le cadre des échanges. Elle atteint le discours des juristes en impliquant leurs théories au cœur des tensions du marché (...) La théorie générale du contrat est alors amenée dans un domaine qui n'est pas le sien. Elle se relativise. Corrélativement, elle laisse de la place à un autre discours théorique sur le contrat, discours lié aux intérêts que le contrat sert* ».

[1121] V. *supra,* n° 226. - et s.

§ 1. L'impossible intégration du désengagement à la théorie générale du contrat

401. - Rappels. La doctrine a fourni de considérables efforts pour rendre compte du désengagement au travers de la théorie générale. Nous avons à cet égard rapporté les principales propositions théoriques émises par les auteurs pour fondre le désengagement contractuel dans notre théorie générale[1122]. Pour le dire autrement, la doctrine a pris l'habitude de penser le droit au prisme de la théorie générale, ce rapprochement théorique de l'inconnu vers le connu est en quelque sorte devenu l'instinct premier du civiliste[1123]. Or, et c'est ce que nous nous proposons de montrer maintenant, aucune des propositions doctrinales relatives à l'intégration du désengagement dans la théorie générale n'est pleinement satisfaisante. Reprenons ces propositions, que nous avons soit dit en passant détaillées tout à l'heure.

402. - La rétractation en tant que condition. Certains auteurs se sont comme nous l'avons vu tournés vers la condition pour expliquer la mécanique des droits de rétractation[1124]. Que penser d'une telle proposition ? Malgré les similitudes (la rétractation du consommateur est bien un événement futur et incertain, qui lorsqu'il a lieu permet au consommateur de revenir sur son engagement), il n'est pas possible d'assimiler les deux notions. Le principal argument invoqué par les détracteurs de cette thèse siège à l'article 1174 du code civil. Il faudrait en effet admettre que la survenance de l'événement ne dépende que de la seule volonté du consommateur (puisque le consommateur se rétracte de manière arbitraire). Il s'agirait ainsi non seulement d'une condition potestative, mais encore d'une condition purement potestative. Or ce sont bien ces conditions qui sont proscrites par le texte[1126]. En

---

[1122] V. *supra,* n° 363. - et s.

[1123] C'est bien ce que signifie l'opération dite de « qualification », de traduire les faits dans le langage du droit. V. sur ce point C. Atias, Atias intitulée *La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé, R.R.J.,* 1983-2, p. 471 : « *Ceci est d'autant plus vrai qu'en droit, comme dans les sciences de la nature, toute difficulté, toute occasion de recherche juxtapose des choses connues, ou considérées comme telles, et des choses à établir ou à découvrir* ». Rappr. également les propos de V. Forray, *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, loc. cit.,* p. 233 : « *Les juristes utilisent une théorie du contrat. Ils sont habitués à déduire certaines solutions d'une construction intellectuelle pré-établie qui prend le nom de « théorie générale du contrat ». La doctrine, quant à elle, contribue à élaborer la théorie générale du contrat. Elle est habituée à induire des propositions synthétiques à partir des positions particulières du droit positif* ».

[1124] V. *supra,* n° 370. - .

[1126] C'est à tous le moins l'interprétation que la jurisprudence a fait de l'article 1174 du code civil, en distinguant les conditions simplement potestatives et les conditions purement potestatives, seules les secondes étant

tous cas, il n'est pas imaginable qu'une telle condition est une autre source que la convention[1127]. Ainsi, le détour par la condition résolutoire ne semble pas pertinent. Il ne convient pas au désengagement qui constitue bien « *une condition (...) dépendant discrétionnairement ou arbitrairement de la volonté du débiteur* »[1128]. Ajoutons qu'eu égard à ce qui vient d'être dit, nous pouvons aussi écarter la proposition des auteurs qui voient dans la rétractation une vente à réméré. En effet, dans la mesure où « *la vente à réméré est une vente sous condition résolutoire potestative* »[1129], on peut opposer à cette analyse les mêmes arguments. Par surcroît, le consommateur bénéficiaire des droits de rétractation est toujours l'acquéreur dans le contrat, ce n'est donc jamais le vendeur (c'est en l'occurrence le professionnel) qui en bénéficie.

403. - La rétractation en tant que terme. La mobilisation de cette modalité du contrat ne s'est pas révélée plus apte à rendre compte du désengagement. Le problème, c'est que la rétractation n'est pas un événement certain quant à sa réalisation. On n'est jamais sûr que le consommateur se rétracte, or, c'est bien de la rétractation dont dépend l'exigibilité (si elle n'a pas lieu) ou à l'inverse l'extinction de l'obligation (si rétractation il y a). Il apparaît alors que la notion de terme ne soit pas apte à rendre compte des droits de repentir, encore moins peut-être que celle de condition qui paraissait s'en rapprocher davantage. Le constat est

---

interdites. V. F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, *Droit civil Les obligations, ibid.* ; également sur ce point J. Ghestin, *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil,* Mélanges Weill, 1983, p. 243 et s. ; Cass. 1ère civ., 18 juin 1974, *Bull. civ.,* I, n° 198 ; Cass. 3ème civ., 8 octobre 1980, *Bull. civ.,* III, n° 154, *D.* 1981, inf. rap., p. 441, obs. Audit.

[1127] En effet, « *la condition résolutoire potestative, qui ne serait autre chose qu'une faculté conventionnelle discrétionnaire de résolution du contrat, ne serait pas prohibé* », *cf.* F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, *précit.* Les auteurs estiment d'ailleurs que la vente à réméré ou la clause de dédit sont des exemples de conditions résolutoires potestatives. R. Baillod, *Le droit de repentir, loc. cit.,* n° 17 : « *la stipulation conventionnelle d'un droit de repentir dont l'exercice ne s'accompagnerait d'aucun sacrifice, et qui donc laisserait libre champ à l'arbitraire de l'individu, tomberait sans aucun doute (...) sous le coup de la prohibition des conditions potestatives* ».

[1128] *Cf. ibid.* Mais c'est bien cette idée qui ressort de tous les ouvrages, V. aussi J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil Les obligations, 1/ L'acte juridique,* 14ème éd., Armand-Collin, 2004, n° 296. Les auteurs justifient la prohibition aussi « *pour des raisons morales : l'une des parties a la maitrise de son engagement et tient l'autre à sa merci* », ce qui n'est guère imaginable dans la logique civiliste. C'est pourtant bien ce qui se passe avec le désengagement. V. aussi R. Baillod, *Le droit de repentir, loc. cit.,* n° 14 : « *Pourtant, il semble techniquement erroné de ramener le droit de repentir à une condition. En présence d'un droit de repentir, c'est en effet la volonté unilatérale du titulaire de ce droit qui joue un rôle dominant, voir exclusif. Or, on s'accorde généralement pour exiger de l'événement conditionnant qu'il soit extérieur à la volonté des parties* ».

[1129] *Cf.* B. Fages et E. Pouliquen (sous la dir.), *Lamy Droit du Contrat,* 2012, n° 337-81 ; également Cass. 3ème civ., 31 janvier 1984, *Bull. civ.,* III, n° 21. Il faut revenir à la définition de la vente à réméré pour bien comprendre l'idée : « *La faculté de rachat ou vente à réméré est celle qui réserve au vendeur la faculté de reprendre la chose vendue moyennant la restitution à l'acquéreur du prix de la vente et le remboursement de certains frais* », V. *ibid.* Soit dit en passant, c'est l'article 1659 du code civil qui prévoit ce dispositif.

donc le suivant : il est difficile d'analyser la rétractation en tant que modalité de l'obligation. Quid des autres propositions doctrinales ?

404. - La rétractation en tant que faculté de dédit. Voir dans le repentir une faculté de se dédire[1130] permettant au consommateur de revenir sur son engagement n'est pas plus pertinent. Là encore en effet, et malgré les quelques avantages que présente cette conception, il paraît bien difficile d'assimiler ces mécanismes. Cela pour la simple raison que la clause de dédit a une origine conventionnelle alors que les droits de rétractation sont prévus par la loi. Dès lors, et comme l'ont bien remarqué certains, là où la rétractation heurte la force obligatoire, la clause de dédit s'inscrit en parfait accord avec elle. Monsieur Ph. Brun écrivait en ce sens : « *Que les contractants se ménagent ainsi dans la convention la faculté de se dédire, voilà qui ne manque pas d'intérêt : mais c'est la loi du contrat qui triomphe ici ! C'est la volonté des parties qui est respectée à la lettre. (...) Voilà bien le contraire d'une atteinte à la force obligatoire du contrat !* »[1131]. De plus, le dédit apparaît comme payant et tomberait sous le coup de l'interdiction des conditions potestatives évoquées plus haut[1132]. Donc trop de différences séparent ces mécanismes pour qu'on les confonde.

405. - La rétractation en tant que sanction d'un vice du consentement. La doctrine, largement inspirée par le consumérisme, a pu voir dans la rétractation un mécanisme sanctionnant un vice du consentement[1133]. Le lecteur s'en sera douté, nous ne partageons pas ce point de vue. Déjà, il n'est guère envisageable d'appliquer ici un vice du consentement *stricto sensu*. Car ni l'erreur, ni le dol, ni la violence en semblent pouvoir rendre compte de la situation dans laquelle le consommateur bénéficie d'un droit de rétractation[1134]. Faire jouer

---

[1130] V. sur ce rapprochement B. Fages et E. Pouliquen (sous la dir.), *Lamy Droit du Contrat,* 2012, n° 138-5 : « *La faculté de revenir sur son engagement initial peut résulter d'une disposition légale spéciale (...) La faculté de rétracter sa manifestation de volonté peut également résulter du contrat, avec la stipulation d'une clause de dédit* ». Pour une étude générale, V. L. Boyer, *La clause de dédit, in* Mélanges Raynaud, T. I, Dalloz, 1985, p. 42 ; aussi C. Humann, *La spécificité de la clause de dédit, RDI,* 1997, p. 169 et s. ; enfin Y. Dagorne-Labbe, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit,* thèse Paris II, 1984.

[1131] *Cf.* Ph. Brun, *Le droit de revenir sur son engagement, loc. cit.,* p. 79.

[1132] Cette position est notamment défendue par Ph. Brun, *cf. ibid.* p. 80.

[1133] C'est le cas par exemple de monsieur S. Detraz qui soutenait que : « *si la faculté de rétractation a un domaine croissant, elle demeure néanmoins exceptionnelle. Or, précisément, elle est accordée dans des hypothèses qui laissent deviner que l'une des parties au contrat n'a pas consenti de manière parfaitement intègre* », V. *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, Contrats, Conc., Consom.* 2002, n° 7.

[1134] Monsieur S. Detraz reconnaît cela, V. *ibid.,* n° 9.

une « *présomption de vice du consentement* » même au sens large, nous paraît nier la fonction première du mécanisme : un moyen de régulation[1135]. On retombe, en d'autres termes, dans une conception réductrice de la matière fondée exclusivement sur l'idée de protection des consommateurs, conception que nous avons vivement critiqués. Nous ne saurions dès lors nous rallier à cette présentation des droits de rétractation. La théorie générale, de ce point de vue, ne permet toujours pas de rendre compte du repentir contractuel. En conséquence, nous nous joignons au propos de monsieur V. Forray a pu écrire que « *La proposition de directive sur les droits du consommateur propose un droit des contrats qu'il est possible d'interpréter indépendamment du concept de consentement* »[1136]. Si l'auteur évoque le droit européen de la consommation, il nous semble parfaitement possible d'appliquer l'idée en droit interne, notamment eu égard au fait que le droit de la consommation se construit sous l'impulsion du droit européen. En somme, cette proposition doctrinale ne convient pas. Elle illustre parfaitement l'instinct du juriste à lire le droit à la lumière de la théorie générale[1137].

406. - Droit de rétractation et cause efficiente. Après avoir rejeté les autres fondements[1138], madame Aubry proposait de rattacher les droits de rétractation à la notion de cause efficiente. Malgré le grand intérêt que nous avons porté à cette thèse, et les propositions auxquelles nous nous sommes volontiers joint, nous ne pensons pas que le concept de cause soit plus apte que les autres à accueillir un tel concept. Le premier argument que nous opposons est qu'il n'est pas souhaitable d'analyser le mécanisme au stade de la formation du contrat. Rappelons nous les termes forts du doyen Carbonnier qui écrivait qu' « ***Il ne faut surtout pas essayer de le faire entrer dans le processus de formation du contrat : c'est à l'intérieur d'un contrat déjà conclu que vient jouer le repentir contractuel*** »[1139]. En somme nous retrouvons les reproches qui pouvaient être opposés à ceux qui rattachent le

[1135] V. *infra,* n° 457. -

[1136] V. Forray, *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, loc. cit.,* p. 253.

[1137] *Cf. Ibid.* p. 251 « *Le droit de rétractation, appelé aussi droit de révocation ou droit d'annulation, est la faculté accordée au consommateur de se délier du contrat. La théorie du consentement appliquée aux rapports de consommation l'attire et impose une manière de l'interpréter. Le droit de rétractation sert à « garantir le consentement libre, éclairé et réfléchi du consommateur* ».

[1138] V. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats,* préf. A. Ghozi, PUAM, 2002, n° 69 à 72.

[1139] *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* n° 1030.

désengagement à la formation du contrat[1140]. Ajoutons également que la rétractation ne s'oppose pas toujours au déploiement de certains effets du contrat. Or la définition de la cause efficiente évoque un « *événement à la survenance duquel l'effet contractuel envisagé est* ***impérativement*** *et spécialement subordonné* »[1141]. En somme, le contrat peut parfois être exécuté, permettant au consommateur d'essayer la chose, alors même que le délai de rétractation n'est pas écoulé. L'écoulement du délai de rétractation ne peut donc pas être « l'origine »[1142] des effets contractuels envisagés. Nous terminerons par un argument plus terre à terre : la notion de cause permet, si l'on se creuse suffisamment les méninges, de faire entrer tout et n'importe quoi ! Et il faut quand même largement étirer le concept de cause pour pouvoir y intégrer le désengagement caractéristique du droit de la consommation. Donc cette proposition pour faire entrer le désengagement dans la théorie générale du contrat ne nous paraît pas plus satisfaisante que les autres.

407. - Le droit de rétractation : droit potestatif. Il a finalement été avancé que les droits de repentir seraient des droits potestatifs. A vrai dire, c'est sans nul doute là que se situe la position la plus pertinente. En effet, qu'est-ce qu'un droit potestatif ? Réponse : Ce sont « *des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale* »[1143]. Du latin *potestas* qui signifie puissance, l'idée de potestativité fait référence à ce qui « *dépend de la volonté d'une personne* »[1144] ; et la mise en œuvre des droits de repentir se caractérise bel et bien par ce trait spécifique : le consommateur peut arbitrairement, discrétionnairement décider de se rétracter. En conséquence, plusieurs

[1140] La jurisprudence de la Cour de justice semble allez en ce sens. V. à cet égard, E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats,* BDP, T. 463, LGDJ, 2006, préf. P. de Vareilles-Sommières, n° 250 : « *Une réelle convergence de conception se dégage donc des directives et de la jurisprudence de la Cour de justice, ce qui est suffisamment rare pour être souligné. Il apparaît que le droit communautaire penche en faveur d'une intervention du droit de rétractation postérieure à la formation du contrat. Il semblerait ainsi que le Cour de justice des Communautés européennes puisse puiser, au sein des dispositions des directives, de nouveaux éléments pouvant contribuer à la pousser toujours plus vers la voie d'une unification du régime juridique du droit de rétractation* ».

[1141] *Cf.* Ph. Reigné, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français, op. cit.,* n° 9.

[1142] C'est bien de cela dont il s'agit lorsque l'on parle de cause efficiente. V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 332 : « *le mot cause recouvre deux réalités bien distinctes. La cause, ce peut être soit la cause efficiente, soit la cause finale. Par la première, on désigne le phénomène qui en engendre un autre* ». Il est donc bien question d' « origine », de « source ».

[1143] V. pour cette définition I. Najjar, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral,* BDP, T. 85, LGDJ, 1967, n° 99.

[1144] *Cf.* G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°.

auteurs ont rattaché les droits de rétractation à cette catégorie des « droits potestatifs ». Par exemple R. Baillod qui écrivait : « *Le droit de repentir paraît correspondre à cette définition* (celle des droits potestatifs). *En particulier, on retrouve en ce qui le concerne l'élément – caractéristique du droit potestatif – de sujétion de celui qui doit le subir : l'exercice du droit de repentir ne repose que sur la volonté de son titulaire, et son efficacité est indépendante de la volonté de l'autre partie : c'est du titulaire seul que dépendra l'achèvement de la formation du contrat ou à l'inverse l'interruption de cette formation* »[1145]. Dans le même sens, Ph. Brun a pu soutenir que : « *il n'y a pas de condition stipulée par le consommateur ; il y a bien, en revanche, du « potestatif ». Cette faculté accordée au consommateur présente bien, en effet, les traits d'un droit potestatif, c'est-à-dire d'un pouvoir permettant d'influer unilatéralement sur une situation juridique. Le consommateur dispose d'une option : s'il n'exerce pas la faculté de rétractation, le contrat qui était parfait à la signature recevra exécution. A l'inverse, s'il en use, il anéantit le contrat et le prive d'efficacité* »[1146]. Mais c'est un autre problème qui surgit : la catégorie en question n'existe pas dans notre droit civil, elle est ignorée par la théorie générale du contrat. C'est dans le droit Allemand que le concept à été puisé. Le civiliste est étranger à la notion de droit potestatif, ne distinguant au sein des droits subjectifs que les droits réels les droits personnels.

408. - Aucun concept issu de la théorie générale ne permet de rendre pleinement compte du désengagement contractuel. Aucun concept tiré de la théorie générale du contrat ne permet de rendre compte des mécanismes de désengagement. Ces derniers semblent perturber le droit civil des contrats dans ses fondements plus intimes. Monsieur V. Forray écrivait en ce sens que : « *La possibilité de concevoir des solutions en droit des contrats sans solliciter le concept de contrat, et le trouble causé alors à la théorie générale, ne doivent pas se comprendre comme exclusifs d'un travail théorique sur le contrat. C'est pourquoi il me semble que le droit européen de la consommation suggère une « contre-théorie du contrat ». (...) Théorie et contre-théorie du contrat s'entrelacent, l'une advenant en permanence comme critique de l'autre. Chacune déstabilise la hiérarchie des intérêts qui, réglée, est toujours une injustice. Chacune empêche que s'installe durablement l'ordre de la raison juridique ou celui*

[1145] V. R. Baillod, *Le droit de repentir, loc. cit.,* n° 20.

[1146] V. Ph. Brun, *Le droit de revenir sur son engagement, Droit et Patrim.* 1998, p. 82.

du marché »[1147]. Revenons ainsi à l'idée d'une tension ; il n'est pas possible d'appréhender le désengagement au travers de la théorie générale. Le désengagement a un effet corrosif sur la distinction entre la formation et l'exécution du contrat qui constitue l'une des assises essentielles du droit civil. Par surcroît, l'analyse des droits de rétractation met à mal toutes les notions connues du droit commun pour donner naissance à une catégorie nouvelles, *sui generis*. Comme souvent, le doyen J. Carbonnier avait bien résumé le débat, il disait : « *Le vrai est que n'est entièrement satisfaisante aucune des notions (...) auxquelles on pourrait penser pour analogie* »[1148]. Finalement, est-ce bien étonnant qu'un mécanisme fondé sur une logique de marché ne puisse pas être expliqué par un paradigme gravitant tout entier autour de la promesse acceptée ? Cela explique selon nous que la doctrine, malgré tous les efforts qu'elle a fourni pour concilier les deux mécanismes, n'y soit jamais parvenue.

409. - Utilité d'un tel débat ? Avant d'en terminer avec ces difficultés d'intégrations, une dernière chose doit être soulignée. Y a-t-il vraiment un enjeu derrière ces réflexions sur la nature des droits de repentir ? La présentation faite par le doyen Carbonnier des droits de rétractation légitime une telle interrogation. En effet, J. Carbonnier écrit : « *Une question théorique : quelle est la nature du mécanisme ?* »[1149]. Doit-on en déduire qu'il n'y a aucune portée pratique à ce débat ? Il semble que oui. Ce débat est vide de sens d'un point de vue pratique. D'ailleurs, le juriste est formé dès la première année à l'université à la maîtrise de cette équation bien connue : notion = régime. Comprenons donc que l'intérêt originaire de la réflexion sur la nature des institutions réside dans le fait de pouvoir rapprocher des régimes juridiques, des règles de droit. Or le régime des droits de rétractation ne pose guère problème, le législateur indique des règles précises, qu'il convient d'appliquer, et peu importe finalement qu'il parle de droit de « dénoncer », de « revenir sur son engagement », de se « rétracter », etc. Ce débat sur la nature des droits de repentir apparaît comme purement théorique, il n'a aucun impact dans la pratique[1150]. Mais dès lors, pourquoi la doctrine accorde

[1147] *Cf.* V. Forray, *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, loc. cit.,* p. 254-255.

[1148] *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 1030.

[1149] *Ibid.*

[1150] V. Contra. G. Paisant, *La rétractation du consommateur en droit français, in* E. Terryn, *Le droit de rétractation, Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge,* Contrats & Patrimoine, éd. Larcier, 2008, p. 68 : « *Le débat n'est pas purement académique, car il se répercute sur la situation juridique des parties et, notamment, la question de la charge des risques* ». L'auteur ajoute p. 81 : « *une double question se pose quant à la situation des parties pendant la durée du délai offert au consommateur pour se rétracter : d'une part le consommateur a-t-il le droit de se servir de la chose reçue ; d'autre part, qui,*

tant d'importance au débat sur la nature ? Nous verrons dans le second chapitre qu'il faut rattacher cette tendance au souci de cohérence et de rationalité dans les présentations doctrinales du droit des contrats[1151].

§ 2. Le problème de la hiérarchie entre la théorie générale et le droit de la consommation

410. - Position du problème. L'essentiel peut être ainsi formulé : les auteurs affirment que le droit de la consommation est un ensemble de règles « spéciales », autonomes, destinée à protéger le consommateur. Nous avons déjà montré que cette présentation était réductrice, le droit de la consommation n'est pas seulement un droit de protection, c'est également un droit de régulation, une véritable branche du droit du marché. Mais intéressons nous à cette référence à la distinction entre le droit spécial (ici le droit de la consommation) et le droit commun (le droit civil), distinction qui pose problème. Notamment parce qu'elle instaure une hiérarchie entre le général et le spécial, hiérarchie qui nous paraît contestable : elle entre en contradiction avec l'analyse historique qui a été menée sur le droit de la consommation. Nous reviendrons d'abord sur cette hiérarchie et sa critique (A), nous nous arrêterons ensuite sur l'inanité de l'expression « droit de repentir » qui nous paraît être le témoin de cette hiérarchie en matière de désengagement (B).

---

du professionnel ou du consommateur, supporte les risques de la chose ? ». Sur la première question, et l'auteur le reconnaît quelques lignes plus loin, il est évident qu'une réponse affirmative s'impose. Le droit de rétractation est précisément octroyé au consommateur pour lui permettre de tester l'utilité de la chose. Il aura bien du mal s'il était interdit de l'utiliser… Seul un usage abusif, ou entrainant une usure disproportionnée peu entrainer une indemnisation, comme nous l'avons vu. S'agissant de la seconde interrogation, il faudrait sans doute admettre que lorsqu'il s'agit d'un contrat translatif de propriété, l'application de l'adage *res perit domino* soit particulièrement défavorable au consommateur. L'auteur souligne d'ailleurs ce point. Mais en pratique, jamais ce problème ne sera soulevé. En effet, le consommateur pourrait parfaitement affirmé qu'il a exercé son droit de rétractation avant la destruction fortuite de la chose, ce qui entrainerait un anéantissement rétroactif des effets du contrat et rendrait à nouveau le vendeur propriétaire. Ce serait dès lors à ce dernier qu'il incomberait, en vertu du droit de la preuve, de démontrer que le consommateur a usé de son droit de rétractation après la destruction fortuite de la chose. Or une telle démonstration est impossible.

[1151] V. *infra,* n° 434. - et s.

A. Une hiérarchie critiquable

411. - Établissement d'une hiérarchie entre le droit civil et les autres disciplines. Dire que le droit de la consommation est un ensemble de règles spéciales, c'est dire dans le même temps qu'il obéit au droit commun des contrats, tout en l'adaptant à des objectifs spécifiques[1152]. Telle est le fondement de la distinction : le droit commun est censé donner les règles « normales » qui auront vocation à s'appliquer en l'absence de règles « exceptionnelles » prévues par le droit spécial. Mais contrairement à ce que l'on pourrait penser, le caractère subsidiaire du droit commun révèle sa supériorité, sa domination sur le droit spécial. Le droit civil semble être un soleil pour toutes les autres branches du droit qui gravitent autour de lui et qui finalement, ne sauraient exister sans lui[1153]. La théorie générale est censée donner aux juristes les grands principes, les modèles de référence. Le droit spécial lui, partant de ces principes fondateurs, doit les adapter aux différentes occurrences qu'il est amené à réglementer. Encore une fois, cela permet d'occulter la tension que nous avons esquissée dans la première partie. En effet, dans la mesure où il n'est plus question d'un droit des contrats mais d'un droit civil des contrats, avec autour de lui un droit des contrats de consommation, un droit des contrats de travail, etc., il n'y a plus de tension, simplement une dérogation au général, mais qui relève de l'exceptionnel. C'est cela que nous signifions lorsque nous affirmons qu'il existe une hiérarchie entre le général et le spécial, entre le droit

[1152] Peu importe ici que le particularisme tienne à la protection ou à la régulation. L'important est que les auteurs présentent le droit de la consommation comme un droit « en marge ».

[1153] Rappelons par exemple les propos du doyen Carbonnier qui introduit son Traité de droit des obligations en expliquant qu' : « ***Il est d'usage qu'une introduction à l'étude particulière du droit puisse valoir, de surcroît, comme introduction à l'étude générale du droit****. C'est que le droit civil a dans sa vocation traditionnelle d'**offrir des modèles aux autres disciplines juridiques**. Non pas nécessairement qu'il est le domaine d'application le plus considérable : s'il l'avait il y a un siècle, il ne l'a sans doute plus aujourd'hui, ayant beaucoup perdu au profit d'autres secteurs du droit (tels que droit administratif, droit du travail, etc.).* ***Mais ce qui reste vrai, c'est qu'il présente le plus haut degré d'achèvement et, si l'on veut, de perfection*** *: - Fondamentalement, d'abord, parce* ***qu'il répond le plus purement à l'image que l'on se fait de l'essence du droit****, équilibre imposé d'en haut à deux individus, balance aux mains d'une déesse ; - Techniquement, aussi, parce que plus ancien****, il a approfondi davantage ses concepts, si bien que les autres disciplines juridiques n'ont pu mieux faire que de les lui emprunter ensuite*** », *cf. Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 1. La citation est longue mais tellement significative. Le droit civil est le plus pur, il est le fruit du rationalisme appliqué au droit, il est comme le dit Carbonnier l'essence du droit. Et de ce fait, on voit bien que les autres matières vont être tributaire du droit civil. Cela parce que le droit civil, par le biais des théories générales, vont donner aux juristes « *les instruments, les notions-outils indispensables pour pénétrer plus tard dans les institutions concrètes* », V. *ibid.* Rappr. également les propos de monsieur V. Forray : « *Le droit de la consommation vient après. Il faut déjà savoir du droit pour aborder le droit de la consommation. Les connaissances élémentaires dont les facultés de droit instruisent les étudiants ne sont pas empruntées au droit de la consommation. Le mouvement du savoir juridique part du droit dominant, et se poursuit vers des droits plus composites. L'appréhension du droit a lieu dans un cadre épistémologique tracé par le droit dominant* », *cf. Ambivalences en droit de la consommation, Remarques sur les effets de l'écriture du droit, Juris. Rev. Crit*., 20(3), 2013, p. 997-998.

civil et le reste[1154]. Le droit civil est un droit rationnel, cohérent, juste qui synthétise la diversité[1155] ; il décrit le contrat tel qui doit être, les règles spécifiques ne sauraient remettre en question sa suprématie. Ce rapport de domination doit être remis en question, car il heurte des vérités historiques auxquelles nous avons été confrontés.

412. - Le droit de la consommation n'est pas un droit en marge. Nous avons soutenu qu'il existait une tension au sein du droit des contrats, ce qui implique une sorte d'égalité entre les règles que l'on rattache au droit civil ou au contraire au droit de la consommation. Plus précisément, nous ne pensons pas qu'il faille opposer le droit de la consommation au droit civil. En effet, nous avons essayé de montrer en quoi le droit civil était un projet de civilisation ; mais nous avons également observé qu'il en allait de même s'agissant du droit de la consommation. Car en tant que droit de la société de consommation, il sert également un projet de civilisation, tourné vers une autre fin : la consommation. On a pu d'ailleurs observer que les concepts de citoyens et de consommateurs avaient fini par se confondre dans notre conception moderne de la civilisation : la citoyenneté se mesure à l'aune de la consommation ; le citoyen est un citoyen justement parce qu'il est un consommateur et nous sommes tous des consommateurs ! Le droit de la consommation est donc dans notre société de consommation le droit de tous les citoyens, témoin d'un nouvel ordre civil. Carbonnier avait donc raison d'affirmer qu' « *en réalité, c'est un système différent de droit qui se dresse, en conflit avec le système civiliste (...). L'événement de 1993, c'est qu'au flanc de notre système civil d'obligations a été accroché un système autopoïétique dont on ignore comment il pourra être maitrisé* »[1156]. Le droit de la consommation, bien loin d'être du

[1154] Cela se ressent d'ailleurs du point de vue quantitatif dans les facultés de droit françaises qui consacrent à l'étude du droit civil plus d'heures qu'aux autres matières. L'idée étant toujours que le droit civil donne les outils de base, les concepts purs permettant par la suite de comprendre n'importe quelle autre branche du droit qui reposera tout de même sur le droit commun. Cela se ressent également dans la place qu'occupent les considérations relatives à la consommation dans les ouvrages de droit civil. Si les auteurs évoquent toujours le développement du droit de la consommation dans les dernières décennies, ils ont tendance à largement en réduire l'influence. Autrement dit, la quantité de développements consacrés à la théorie générale du contrat et donc à l'engagement fait très vite oublier l'idée du désengagement en droit des contrats. Dès lors, la lecture des ouvrages de droit commun des contrats ne rend pas compte de la tension que nous avons observée, elle l'occulte.

[1155] V. sur ce point J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. II, n° 918 : « *le droit des obligations que nous enseignons est un droit de synthèse. Le droit civil, le Code civil et ses interprétations classiques, u tient la place d'un principe : il a valeur de droit commun. Les autres droits, les droits particuliers des obligations, droit commercial, droit de la consommation, etc., se situeront autour de lui comme des exceptions ou des tempéraments, ou même seront présentés plus crûment en marge* ».

[1156] V. J. Carbonnier, *ibid*, n° 921.

domaine de l'exceptionnel, tend aujourd'hui à occuper une place déterminante au sein du droit.

413. - L'argument « quantitatif ». Un autre argument nous paraît fonder l'idée que le droit de la consommation n'est pas un droit en marge : l'argument quantitatif. Cette distinction entre le spécial et le général, avec en filigrane une domination du second sur le premier, a du mal à résister aux assauts du droit spécial et en particulier du droit de la consommation. Le droit de la consommation entretient aujourd'hui avec le droit civil un rapport de défiance. A l'appuie de cette idée, le lecteur reprendra utilement les développements de J. Carbonnier lorsqu'il introduit les obligations[1157], développements rapportés au numéro précédent. En d'autres termes, parler de « général » et de « spécial » traduit l'idée que le général pèse plus que le spécial. Or cela n'est plus vrai et il est légitime de s'interroger sur son avenir : « *s'il y a lieu de s'interroger sur cet avenir, c'est qu'il peut sembler brouillé, sinon compromis, par le phénomène de pluralisme juridique dont le constat vient d'être dressé : sur le même thème des obligations d'autres systèmes, sous-systèmes de droit cohabitent avec le droit civil* »[1158]. Cette place prépondérante du droit de la consommation, qui ressort d'ailleurs de tous les ouvrages qui traitent de la matière, démontre qu'il n'est pas un droit « en marge ». C'est même tout l'inverse, les systèmes plus « modernes » de droit des obligations se construisent d'ailleurs à partir du droit de la consommation. C'est le cas par exemple du droit européen des contrats.

414. - L'argument du droit communautaire. Maintes allusions ont été faites au droit communautaire, et nous avons pu nous rendre compte qu'il entretenait un lien fort avec le marché. Or ce droit communautaire des contrats s'est construit autour du droit de la consommation. Les problèmes d'articulation entre le droit de la consommation et le droit civil se retrouve ici en des termes proches. Cela nous semble aller dans le sens d'un droit de la consommation qui s'affirme en véritable concurrent du droit civil. Tout en s'en inspirant, il influe sur lui en permanence. D'où les travaux récents consacrés à l'influence du droit communautaire sur notre théorie générale. Nous songeons en particulier à la thèse de madame

[1157] *Ibid.*

[1158] *Ibid.,* n° 918.

H. Aubry qui nous a inspiré[1159] et qui rappelons fait transparaître derrière l'impératif de protection la nécessité de réguler le marché et d'assurer son fonctionnement. En somme, l'auteur démontre ce lien évident qui unit l'économie et le droit. Donc le droit de la consommation, dans la mesure où il inspire notre droit européen des contrats[1160], rejaillit sur notre théorie générale. La hiérarchie établie entre les deux s'estompe un peu plus. L 'étude des projets de réforme du droit des obligations ne contredit pas cette assertion.

415. - Les projets de réforme de droit des obligations. Rappelons la réflexion du doyen J. Carbonnier sur l'avenir du droit des obligations, il voyait deux issues possibles : la synthèse ou une séparation radicale entre le droit civil et les autres systèmes[1161]. La proposition rappelle un peu celle de monsieur G. Rouhette qui distinguait en matière de droit de la consommation les « particularistes » et les « assimilateurs »[1162]. Aujourd'hui, c'est plutôt vers la synthèse que la doctrine s'est dirigée. Les projets de réforme du droit des obligations nous paraissent traduire cela. Bon nombre de mécanismes caractéristiques du droit de la consommation se retrouvent dans ces projets. Le projet de la Chancellerie intègre le droit de rétractation dans son article 32[1163], comme le projet Terré dans son article 22[1164]. L'article 1110-2 du rapport Catala va aussi dans ce sens[1165]. Terminons avec un projet plus

[1159] H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats,* PUAM, 2002, préf. A. Ghozi. Et E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats,* BDP, T. 463, LGDJ, 2006, préf. P. de Vareilles-Sommières.

[1160] Citons également en matière de droit européen, la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, *Com (2011)* 635 final, 11 oct. 2011. V. sur cette proposition les actes de colloque paru aux *Petites affiches,* 24 décembre 2013, n° 256. Cette proposition contient indéniablement des dispositions au service du marché intérieur. Les règles qui régissent la matière contractuelle reprennent évidemment les grandes techniques du droit de la consommation comme l'obligation d'information précontractuelle, les droits de rétractation, les obligations de conformité, de sécurité, etc. Il est intéressant de souligner que la commission européenne propose un **droit commun** de la vente. Cela témoigne encore une fois de la concurrence faite par les mécanismes consuméristes aux dispositifs classiques du droit civil. En effet, l'expression « droit commun » met ce droit communautaire sur le même pied que le droit civil. Il y aurait deux droits communs et la question deviendrait de savoir lequel est le plus commun des deux. Bref, tout cela montre que le droit de la consommation et le droit civil n'entretiennent pas un simple rapport hiérarchique entre droit spécial à droit général.

[1161] J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol II., n° 918.

[1162] *Cf.* G. Rouhette, *« Droit de la consommation » et théorie générale du contrat, in* Mélange R. Rodière, 1982, p. 247 et s.

[1163] « *Lorsqu'il subordonne la formation du contrat à l'expiration d'un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement jusqu'à l'expiration de ce délai* ».

[1164] « *Le délai de rétractation est celui jusqu'à l'expiration duquel il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat sans avoir de motif à fournir* ».

[1165] « *Dans certaines conventions déterminées par la loi, le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'à l'expiration d'un délai de réflexion ou de repentir. Le délai de réflexion est celui jusqu'à l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat. Le délai de repentir est celui jusqu'à*

récent, l'Avant projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, qui dans son article 23 prévoit également un dispositif de rétractation[1166]. Cela démontre que le droit de la consommation n'est pas un droit en marge, hiérarchiquement écrasé par la théorie générale du contrat. Au contraire, le droit de la consommation oriente les évolutions possibles du droit civil. Il convient d'en conclure que la hiérarchie instaurée dans notre droit interne pose problème. Et l'expression « droit de repentir », qui reflète cette hiérarchie en matière de désengagement, pose également problème.

B. Illustration de cette hiérarchie en matière de désengagement

416. - L'expression « droit de repentir », reflet de cette hiérarchie en matière de désengagement. Nous avons vu que la doctrine utilisait couramment deux expressions pour désigner la faculté offerte au consommateur de changer d'avis et de revenir sur son engagement : les droits de rétractation et les droits de repentir. Nous avons également pris les deux pour synonymes dans nos précédents développements. Il est temps de revenir sur cette étonnante expression qui nous paraît peu adapter aux droits de rétractation pour les raisons que nous allons maintenant exposer. De plus, cette expression nous paraît parfaitement refléter la hiérarchie qui s'établit entre la théorie générale et les droits spéciaux comme le droit de la consommation. Partons de l'étymologie : le terme « repentir » vient du latin *repoenitere,* qui en latin signifie faire pénitence[1167]. Or il y a là déjà de quoi s'étonner ! Alors que l'on nous enseigne généralement dès la première année que la morale n'est pas le droit, qu'il est nécessaire de bien les distinguer, la doctrine nous présente un mécanisme issu du droit de la consommation et donc d'une société de marché grâce à un concept religieux[1168] ? Il y a ici une entreprise somme toute particulière, le lecteur en conviendra. La mobilisation

---

l'expiration duquel il est permis au destinataire de l'offre de rétracter discrétionnairement son consentement au contrat ».

[1166] « *Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai. Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir* ».

[1167] V. Larousse, *Dictionnaire étymologique et historique du français,* 2011, V°.

[1168] Cette connotation religieuse du terme « pénitence » se retrouve à peu près partout. En particulier dans le dictionnaire : « *(Religieux). Repentir, regret d'avoir offensé Dieu et ferme propos de faire le bien* », V. Petit Larousse illustré, 1986, V°. Dans le même sens, V. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* PUF, 1ère éd. « Quadrige » 2002, Voir « remord ».

d'une notion sacerdotale est-elle nécessaire ? Nous ne le pensons pas, c'est même tout le contraire.

417. - Repentir, remords, regret. Le repentir se rapproche du remords et du regret. Le remords est le « *sentiment de douleur morale (généralement de douleur tenace et lancinante) causé par la conscience d'avoir mal agi* »[1169]. Le repentir désignerait quant à lui « *l'état d'âme plus volontaire, moins purement passif, et qui a dans son import une nuance religieuse* »[1170]. A ce stade, soulignons qu'il est bien difficile de comprendre la présentation doctrinale relative au désengagement : le consommateur, être faible et vulnérable qu'il convient de protéger, aurait mal agi en usant de son droit de rétractation ? Il se serait mal comporté parce qu'il revient par exemple sur un engagement extorqué par l'habileté d'un vendeur peu scrupuleux ? Et quid de la dimension religieuse. A partir de là, rattacher le désengagement au concept de « regret » paraît plus pertinent. En effet, le regret « *marque essentiellement quand il s'applique à un acte volontaire, la désapprobation et le désaveu de cet acte, le désir qu'il ait été différent, mais qui n'implique pas nécessairement un blâme moral* » [1171]. Or c'est précisément cette idée de « blâme moral » qui nous semble complétement déconnecter du mécanisme de désengagement. Parer de « repentir » pourrait même dans certaines circonstances frôler le ridicule : je commande sur un site internet un lot de caleçons, je me rétracte par la suite. Peut-on sérieusement affirmer que je me repends ? En somme, pour le dire clairement, cette expression « droit de repentir » nous paraît absolument inadaptée pour désigner le phénomène de désengagement caractéristique du droit de la consommation. L'expression « droit au regret », de ce point de vue, semble préférable[1172]. En revanche, le fait que les juristes utilisent une telle expression nous dit quelque chose. Voyons quoi.

[1169] *Cf. ibid.*

[1170] *Cf. ibid.* V. aussi P. Janet, *Traité de philosophie,* 4ème éd., p. 656 : « *Le repentir est une tristesse de l'âme ; le remords est une torture et une angoisse. Le repentir est déjà presque une vertu ; le remords est un châtiment* ».

[1171] V. A. Lalande, *précit.*

[1172] C'est d'ailleurs le titre d'un célèbre ouvrage américain de droit des contrats : Farnsworth E. A., *Changing your mind, the law of regretted decisions,* Yale University Press, 1998. Nous pouvons citer au passage qu'un débat a eu lieu aux États-Unis sur la notion de contrat. S'oppose à l'auteur précité C. Fried, *Contract as promise, A theorie of contractual obligation,* Harvard Université Press, 1981. V. également la présentation faite par M. Fabre-Magnan (*RIDC,* Vol. 51, n° 3, juillet-septembre 1999, p. 694 et s.) de l'ouvrage de Farnsworths.

418. - L'expression « droit de repentir » révélatrice de la prédominance de la définition du contrat comme promesse. Pourquoi donc les juristes utilisent-ils cette expression si atypique, et surtout si connotée d'un point de vue moral et religieux ? Il est possible de répondre à cette question grâce à l'étude historique du concept civiliste de contrat que nous avons menée. En effet, n'y a-t-il pas finalement, au travers de cet exemple, une confirmation des propositions que nous avons faites ? Notre conception du contrat à une origine religieuse, c'est l'idée que nous avons défendue dans la première partie[1173]. Cette pensée religieuse va progressivement pénétrer le droit par l'intermédiaire de grands juristes comme Domat et Pothier. Tout cela nous a finalement conduit à défendre l'idée selon laquelle les civilistes avaient conceptualisé le contrat comme une promesse acceptée[1174]. Dès lors, celui qui revient sur sa promesse commet une faute. Là est le vrai, l'expression « droit de repentir » traduit clairement l'idée que se font les civilistes de la notion de contrat : se désengager est une faute parce que se rétracter, c'est ne pas tenir sa parole. En somme, le désengagement est contraire à tous les principes évoqués dans l'étude du droit civil des contrats en tant que droit de l'engagement. Le repentir Malgré la volonté du pénitent de se faire pardonner, l'objectif doit être la fidélité à la parole donnée, pas la réparation des dommages causés. Donc dire que les droits de rétractation sont des « droits de repentir » sous-entend qu'ils désignent un comportement qui n'est pas souhaitable. Le désengagement n'a rien à voir avec le repentir, pas plus qu'avec la morale. Il est issu d'une pensée libérale qui précisément écarte les considérations morales[1175], et évidemment les problèmes de religion. La mise en œuvre des droits de rétractation bénéficie comme nous l'avons vu à tous les agents économiques : tous les consommateurs et tous les professionnels. Il faut rejeter cette expression qui fait passer la rétractation pour ce qu'elle n'est pas : une perversion[1176] !

419. - Conclusion du premier chapitre. Le but était de montrer que la doctrine, qui occulte la tension que nous avons mise en lumière, ne produisait pas une présentation du

[1173] Plus précisément, nous avons formulé l'idée que le concept civiliste de contrat puisait sa source dans les notions judéo-chrétienne de « *bérît* », puis d' « Alliance ». V. *supra,* n° 195. - et s.

[1174] V. Forray a écrit en ce sens que « *la théorie générale (est) soutenue par la théorie jusnaturaliste des promesses et celle, plus kantienne, de l'union des volontés* », V. *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, loc. cit.,* p. 238.

[1175] Comme le résume cette fameuse réplique de Hayek : « *chercher la justice, vous trouverez son contraire* » !

[1176] Et nous revenons à nouveau à cette expression de la doctrine qui voit parfois dans le droit de la consommation une « perversion » du droit civil. V. par exemple Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Les obligations, op. cit.,* n° 240 : « *Cette perversion du droit commun par le droit de la consommation a été maintes fois dénoncée* ».

désengagement pleinement satisfaisante. Dans une optique « particulariste », la doctrine arrime le droit de la consommation à une dimension de protection, éclipsant ainsi sa dimension de régulation. Par surcroît, une telle présentation semble faire du désengagement un dispositif « spécial », crument en marge du droit des contrats. A côté de cela, la doctrine s'est vue contrainte de rapprocher le désengagement de la théorie générale du contrat. Dans cette entreprise, moult propositions ont été émises par la doctrine et aucune ne satisfera pleinement un civiliste. Car le désengagement perturbe la théorie générale, trouble les concepts civilistes et, pour revenir à notre terminologie, met en lumière une tension au sein du droit des contrats. A cela s'ajoute les difficultés liées à l'articulation des deux mécanismes. Et nous avons vu que c'était un rapport hiérarchique qui s'établissait entre les deux paradigmes, avec une domination du général sur le spécial. Un tel rapport est critiquable, c'est ce que nous avons essayé de montrer. Et l'expression « droit de repentir » nous a paru finalement bien refléter les difficultés liées à cette hiérarchie. Dès lors, il nous reste à nous interroger sur les raisons qui poussent la doctrine à éclipser toute une part du droit de la consommation, occultant de ce fait la tension entre l'engagement et le désengagement, quitte à produire une présentation discutable, tant de la matière en général que des dispositifs en particulier. Nous pensons que la réponse à cette question se trouve à l'intérieur même du concept de « doctrine ». C'est en s'interrogeant sur l'identité doctrinale que l'on comprend les raisons de cette occultation.

CHAPITRE 2

EN LA MÉTHODE

420. - Hypothèse. Le droit des contrats est animé par une tension entre l'engagement civiliste et le désengagement consumériste. Cette tension est occultée par la doctrine, doctrine qui ne produit pas pour autant une présentation pleinement satisfaisante du droit des contrats. Voilà où nous en sommes et voilà ce à quoi il nous faut donner du sens. A cet égard, nous formulons la conjecture suivante : la doctrine ne peut pas rendre compte de la tension que nous avons mise en lumière parce que la présentation des phénomènes juridiques produite par elle est issue d'un processus d'analyse bien spécifique, d'une méthode particulière appelée « dogmatique juridique ». Or cette méthode se veut scientifique et rationnelle et les présentations doctrinales qui en résultent se veulent cohérence et logique. C'est ce grand souci de cohérence et de rationalité qui explique selon nous le malaise qu'éprouve la doctrine face au désengagement. Par ricochet, cela explique les efforts considérables de la doctrine pour faire entrer le désengagement dans la théorie générale ou au contraire pour le rejeter en marge du droit des contrats. Et *in fine,* l'absence de tension apparaît comme une conséquence inéluctable de l'application par la doctrine de la méthode dogmatique. C'est parce que la doctrine utilise uniquement la dogmatique juridique que nous ne retrouvons pas la trace de la tension. Telle est l'idée que nous nous proposons de développer dans ce dernier chapitre. Une difficulté émerge alors. Affirmer que La doctrine occulte une tension au sein du droit des contrats implique l'idée qu'il existe un fort degré d'unité au sein du corps doctrinal. Une telle assertion ne va pas de soi, elle divise d'ailleurs les auteurs.

421. - Existence d'une controverse. Expliquer l'absence de tension dans la présentation du droit des contrats en mobilisant le concept de doctrine présente un risque. En effet, tous les auteurs ne partagent pas l'idée qu'il existe une entité doctrinale. Or avancer l'idée que les présentations faites par la doctrine des phénomènes juridiques sont le fruit d'une méthode particulière, laquelle permet de comprendre les difficultés auxquelles nous nous sommes confrontés tout au long de cette thèse, c'est dire dans le même temps qu'il existe un très fort degré d'unité au sein du corps doctrinal. Ajoutons que s'il est exact que la doctrine

« *n'est rien de plus, mais rien de moins* (que) *des êtres singuliers pensant sur le droit* »[1177], alors chercher dans le concept de doctrine des réponses à nos questions devient une entreprise vide de sens, notre hypothèse n'y résisterait pas. C'est l'un des éléments les plus importants, en ce qu'il conditionne la validité de tout ce qui suivra : pourquoi une multitude d'auteurs, soit un ensemble de personnes ayant chacune leur sensibilité, leurs convictions, etc., se trouve réunie dans une communauté, un ensemble qui paraît tous les transcender, pour ne plus former qu'un seul bloc qui prend le nom de « doctrine » ? Quels sont les éléments qui permettent de dire qu'il existe un fort degré d'unité à l'intérieur de ce que l'on appelle la « doctrine »[1178] ? En quoi ce degré d'unité explique t-il les problèmes liés au désengagement ? Quelques précisions terminologiques permettront d'y voir plus clair.

422. - Difficultés terminologiques. « *On ne peut définir que ce qui n'a pas d'histoire* »[1179] ! Or le terme « doctrine » a une histoire, il a évolué et il s'utilise aujourd'hui dans des occurrences diverses. D'ailleurs, lorsque l'on parle de doctrine dans le langage courant, le sens n'est pas celui que retiennent les juristes, c'est ce que nous allons voir.

[1177] *Cf.,* L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré répliquent avec un papier intitulé *Antithèse de l' « entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine), D.* 1997, p. 229. Cette sentence conclut leur plaidoyer contre l'idée d'une « entité doctrinale » ; Rappr. la position de J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit,* 4ème éd., Dalloz, 2003, n° 59 : « *La doctrine, la pensée des auteurs en matière juridique, exprimée dans l'ensemble des ouvrages juridiques, est un concept ambigu.* ***Il n'y a pas une doctrine, mais des auteurs de droit dont la liberté favorise la diversité de leurs pensées. Autrement dit, « la doctrine ne constitue pas un corps de pensée organisé dont on pourrait exposer de manière cohérente les tendances et les sentiments. Elle dépend des auteurs, des genres littéraires, de la matière »*** ; V. également sur ce débat P. Morvan, *La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin), D.* 2005, n° 35 ; F. Terré, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 199.

[1178] Rappelons qu'il est question de la doctrine française. Nous ne pouvons à cet égard ne pas nous rappeler les *Pensées* de Pascal : « *Plaisante justice qu'une rivière borne ; vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà* » ; V. aussi sur ce point les propos très intéressant de monsieur D. Kennedy répondant à une question de M. Xifaras sur les traditions juridiques : « *Au final il n'y a pas, mais vraiment pas, quelque chose qui puisse faire penser à ce qu'on appelle en France « la doctrine », c'est-à-dire à un corps autorisé d'opinions officiellement produites par les professeurs de droit, comme Philippe Jestaz et Christophe Jamin l'ont décrit dans leur stimulant article « L'entité doctrinale française ». Bref, le champ académique américain valorise l'innovation, l'amour de la paroisse et l'esprit sectaire* », *cf. Sexy dressing, Violences sexuelles et érotisation da la domination,* éd. Champs essais, Flammarion, 2008, (Trad.) par M. Xifaras ; V. pour une approche plus globale J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.,* n° 125 et s.

[1179] C'est ce qu'écrivait Nietzsche à propos du concept de « châtiment » et le propos s'applique également à la notion de « doctrine » : « *Pour ce qui est de l'élément fluide du châtiment, de son « sens », le concept de « châtiment », à un stade avancé de civilisation (...), ne présente plus en fait un sens unique, mais toute une synthèse de « sens » : toute l'histoire passée du châtiment, l'histoire de son utilisation aux fins les plus diverses, finit par se cristalliser dans une sorte d'unité difficile à résoudre, difficile à analyser, et, il convient de le souligner, absolument impossible à définir. (...) Tous les concepts om se résume significativement un long processus échappent à la définition ; on ne peut définir que ce qui n'a pas d'histoire* », V. *La généalogie de la morale, op. cit., « La faute », la « mauvaise conscience »,* n° 13. Mais les juristes qui étudient le concept voient toujours ces difficultés et apportent toujours des précisions d'ordre terminologique, V. par exemple Ph. Jestaz, *Genèse et structure du champ doctrinal, loc. cit.,* p. 19.

423. - Le terme doctrine dans le langage courant. A l'origine, le terme doctrine signifie « enseignement », et cette définition perdure jusqu'au 17ème siècle[1180]. Par extension, le mot va devenir synonyme d' « opinion », de « thèse », de « théorie »[1181] ; en somme une prise de position sur une question[1182]. Mais il désigne aussi l'objet de cet enseignement[1183]. C'est sans doute cette signification qui domine le langage courant, tel est le sens retenu par le profane, s'agissant de la doctrine. On parlera en ce sens de la doctrine de Kant Mais, sans qu'il soit déconnecté de ce qui vient d'être dit, le terme va prendre pour le juriste un sens particulier et va alors désigner une communauté d'auteurs.

424. - La doctrine au sens juridique. Nous trouvons dans le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu la définition suivante : « *Opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (communis opinio doctorum), ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit. En ce sens, doctrine s'oppose à jurisprudence* »[1184]. Le terme « opinion » apparaît au singulier, ce qui semble traduire que dans le langage du droit, le terme doctrine recouvre un ensemble, un tout, un corps et de nombreuses implications découlent de cette acception particulière. Quel ensemble au fait ? D'abord un ensemble d'ouvrage[1185], puis un ensemble d'auteurs[1186] et conformément à ce que l'on vient de dire l'opinion exprimée par ces

---

[1180] V. Larousse, *Dictionnaire étymologique et historique du français,* 2011, V°. Dans le même, V. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* PUF, 1ère éd. « Quadrige » 2002, V°, définition A.

[1181] V. A.-J. Arnaud (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* 2ème éd., LGDJ, 1993, V°, sens 1 ; ce sont également les synonymes exposés dans le Larousse, *Dictionnaire des synonymes et des contraires*, 2009, V°.

[1182] La dernière définition proposée dans le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu du terme « doctrine » est la suivante : « *en des sens restreints : opinion exprimée sur une question de Droit particulière* », *cf. Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°, sens 4 ; V. dans le même Lalande, *précit.,* V°, sens C, 2° : « *on appelle doctrine la thèse soutenue par un juriste en renom sur un point controversé* ».

[1183] C'est le second sens exposé dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de A. Lalande, V. sens B : « *Ce qu'on enseigne ; et, par généralisation, ce qu'on affirme être vrai en matière théologique, philosophique, ou scientifique : ce terme impliquant toujours l'idée d'un corps de vérités organisées, solidaires* ». Cette définition en dit beaucoup, notamment s'agissant de la doctrine en tant qu' « objet de l'enseignement ». L'idée de vérités organisées en un corps, inhérente à la définition de la doctrine, nous a paru être un élément assez important pour être dès maintenant évoqué.

[1184] *Cf. Vocabulaire juridique, op. cit.,* V°, sens n° 1. Remarquons au passage que la doctrine s'oppose également au texte de loi, comme l'exprime bien A. Lalande, *cf. Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.,* V°., C, 1° : « *Spécialement dans la méthodologie du droit : l'expression de la doctrine désigne l'ensemble de l'enseignement du droit, par opposition, d'une part au texte de la loi ; de l'autre, à la jurisprudence* ».

[1185] *Cf.* le sens n° 2 du *Vocabulaire juridique* : « *Ensemble des ouvrages juridiques* ».

[1186] *Ibid.,* sens n° 3 : « *ensemble des auteurs d'ouvrages juridiques* ». V. aussi M. Gobert, *Le temps de penser de la doctrine, in* Droit, « Doctrine et recherche en droit », 1995, p. 97 : « *« la » doctrine désigne un cercle plus restreint de personnes, plus spécifiquement l'ensemble de celles qui, ayant pour mission d'enseigner le droit, ont pour vocation de réfléchir sur le droit* ».

auteurs, logiquement dans leurs ouvrages. C'est ce qu'exprimait le doyen Carbonnier dans son traité : « *On entend par doctrine les opinions émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens. Ou, si l'on a égard au contenant plus qu'au contenu, la doctrine est l'ensemble des ouvrages juridiques, la littérature du droit* »[1187]. Ainsi, c'est principalement par l'écriture que les auteurs vont transmettre cette *communis opinio doctorum* et dès lors, la doctrine est liée à un acte identitaire profond (l'écriture du droit)[1188]. D'ailleurs, cela confirma l'idée que la doctrine est une autorité puisqu'en effet, le mot autorité est issu du latin « *autoritas* », qui vient lui même de « *auctor* » qui signifie « celui qui produit »[1189]. La doctrine désigne ainsi « *une collectivité d'auteurs* »[1190], qui produisent, et écrivent sur le droit, et ils opèrent ainsi un acte « d'autorité » au sens étymologique[1191]. Sont majoritaires au sein de la doctrine les universitaires[1192], même si, comme nous l'avons déjà suggéré, tous ceux qui écrivent sur le droit ne sont pas nécessairement professeurs à l'université. Nous reviendrons sur la question des supports qui contiennent l'opinion doctrinale[1193] ; disons simplement pour résumer que c'est par les traités,

---

[1187] V. J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 149 ; comp. P. Morvan, *La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin), loc. cit.,* n° 5 : « *La doctrine (du latin doceo, docere qui signifie enseigner, instruire) est, en première approche, l'ensemble des opinions émises par les auteurs, c'est-à-dire les juristes qui publient leurs écrits* ».

[1188] Cela pour la raison que l'écriture n'est jamais un acte neutre. V. ce que soutient Ph. Greiner à ce sujet : « *Que recouvre la notion d'acte d'écriture ? Une compréhension hâtive de cette question, qui serait certainement trop simpliste, pourrait correspondre au passage à la rédaction de la thèse, après une première étape de documentation initiale et l'élaboration d'un plan provisoire. Mais ce serait s'engager sur une mauvaise voie que de confondre « rédaction » et « acte d'écriture ». Conceptuellement, « Écrire », en effet, signifie beaucoup plus que « rédiger ». En faisant acte d'écriture, il s'agit avant tout de faire acte d'autorité au sens étymologique du terme, puisque « autorité » vient du latin « autoritas », d' « auctor ». Autrement dit, en écrivant, j'agis en tant qu'auteur. Cela implique d'avoir un nom, une identité afin de pouvoir être reconnu par le lecteur comme étant le sujet impliqué, responsable de l'énonciation et de la proposition de sens contenues dans la thèse. Lors de soutenances de thèse, étant membre du jury, il m'est, hélas, arrivé à plusieurs reprises de devoir demander au doctorant : « Mais qui êtes-vous ? Que pensez vous ? En lisant votre thèse, à aucun moment, nous ne vous avons vu ! L'écriture est une marque profonde et identitaire, pour tout dire, c'est une signature !* », V. *L'acte d'écriture en droit canonique,* Semaine méthodologique de l'école doctorale de l'institut catholique de Paris, 8 octobre 2013.

[1189] *Cf.* Larousse, *Dictionnaire étymologique et historique du français,* 2011, V°.

[1190] L'expression est empruntée à messieurs Jestaz et Jamin, V. *La Doctrine,* « Méthode du droit », Dalloz, 2004, p. 6-7 : « *Toutes les définitions communément admises tournent autour de l'idée que la doctrine est un ensemble d'auteurs ou mieux l'ensemble des auteurs, c'est-à-dire en somme une collectivité (…) La doctrine affirme elle-même son existence et se définit comme collectivité, car c'est elle et elle seule qui a pris l'initiative de se désigner sous ce concept englobant* ».

[1191] V. les propos que nous avons rapportés à cet égard à la note n° 808.

[1192] V. pour plus de détail, les explications de messieurs Jestaz et Jamin, *in La Doctrine, op. cit.,* p. 193 et s.

[1193] Le lecteur se reportera utilement aux études suivantes : Jestaz et Jamin, *précit.,* p. 184 et s. ; également J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 152 ; G. Goubeaux, *Il était une fois… la Doctrine, A propos du livre de Ph. Jestaz et C. Jamin, RTDciv.,* Avril/Juin 2004, p. 239 et s.

les manuels et les articles que la doctrine se diffuse en France[1194] ; ces ouvrages constituent donc des « *circuits d'information, de diffusion* »[1195], ils véhiculent quelque chose : le discours doctrinal. Au terme de « l'exégèse » de ces définitions, rien de permet de dire qu'il existe un fort degré de cohérence entre les membres de la doctrine. La seule chose qui unirait ces derniers serait le fait qu'ils écrivent, enseignent et pensent le droit. C'est déjà pas mal mais pas suffisant pour donner à l'affirmation selon laquelle La doctrine occulte une tension au sein du droit des contrats de solides fondements.

425. - En quoi l'idée de doctrine explique l'occultation de la tension entre l'engagement et le désengagement. Ces brèves précisions terminologiques ne permettent pas de se convaincre que la doctrine constitue une communauté homogène. Un travail sur la genèse de ce concept rend cela possible. Par l'histoire, on comprend bien ce qui en France[1196] réunit les auteurs au sein d'un corps. Si bien qu'il est possible de parler de la doctrine, d'entité doctrinale. A cet égard, la proposition de messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin paraît séduisante : c'est la méthode dogmatique qui unit ceux qui écrivent et pensent sur le droit, méthode qui atteint son apogée avec l'école dite « scientifique ». Nous reviendrons en conséquence sur la genèse de cette « *entité doctrinale française* »[1197] (section 1). Un tel travail n'est pas vide de sens, il revêt au contraire un intérêt majeur : en précisant les contours de cette méthode particulière qu'est la dogmatique juridique et en démontrant qu'elle est bien l'activité principale de la doctrine française, il est possible de donner du sens au fait que la doctrine occulte une tension au sein du droit des contrats[1198]. Nous défendrons l'idée que l'occultation d'une tension dans les présentations doctrinales du droit des contrats est un effet inéluctable de la dogmatique juridique (section 2).

[1194] Sur la dimension nationale de la doctrine, V. *La doctrine, op. cit.,* p. 205 ainsi que *L'entité doctrinale française*, *D.* 1997, p. 168 où les auteurs écrivaient déjà : « *Qu'on ne croie pas qu'il s'agisse là d'un phénomène universel !* ». V. également les mots de P. Morvan, *La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin), D.* 2005, n° 35, p. 2422 ; encore un article de Ph. Jestaz, *Genèse et structure du champ doctrinal, D.* 2005, n° 1. V. aussi R. Jacob, *Doctrine et culture nationale. La naissance de la littérature juridique en langue populaire en France et en Allemagne, Droits,* 20, 1994.

[1195] Ces mots figurent dans le dictionnaire de monsieur A.-J. Arnaud, dans les notes sous « doctrine », *cf. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.,* p. 187, 2).

[1196] V. *supra,* note 1080.

[1197] Pour reprendre le titre de l'article de Ph. Jestaz et C. Jamin, *L'entité doctrinale française, D.* 1997, p. 167.

[1198] C'est le constat que nous avons fait dans le premier titre de cette seconde partie.

SECTION 1

LA DOCTRINE ET LA CONSTITUTION SCIENTIFIQUE DU DROIT

426. - L'approche généalogique. Les propos de Nietzsche s'agissant de l'impossibilité de définir les mots qui ont une histoire[1199] amènent à penser qu'une réflexion historique s'avère toujours utile pour affiner, affuter la compréhension des choses. Cela vaut pour le concept de doctrine. Une telle approche a également pour but d'apporter des éléments en lien avec cette vive controverse autour du concept[1200], qui s'est manifestée notamment par la réponse de MM. L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré à la thèse défendue un peu plus tôt par MM. Ph. Jestaz et C. Jamin (il existe une controverse doctrinale sur le concept de doctrine !). Le lecteur aura compris que nous penchons plutôt du côté des seconds. C'est en grande partie leur approche historique qui nous a convaincue : les arguments puisés dans l'histoire sont d'une force considérable et ont un effet de persuasion incontestable. C'est par l'histoire que l'on comprend pleinement la thèse avancée par MM. Ph. Jestaz et C. Jamin et il nous semble que ceux qui les contredisent n'ont à ce jour pas apporté d'éléments assez solides pour battre en brèche l'idée qu'il existe un corps, une entité doctrinale caractérisée par un degré important d'unité et d'homogénéité[1201]. Ajoutons également que la thèse de messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin permet de porter un regard nouveau sur les problèmes liés au désengagement, en particulier sur le fait que la tension que nous avons mise en lumière dans la première partie ne se retrouve pas dans la présentation doctrinale du droit des contrats.

[1199] V. *supra,* n° 317. - .

[1200] Pour un rappel de ce débat et par delà les deux études précitées, V. P. Morvan, *La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin), D.* 2005, n° 35 : « *Sur l'identité doctrinale de la doctrine, un débat original s'est ouvert en 1997. Selon Philippe Jestaz et Christophe Jamin, la doctrine serait l'apanage d'un « corps homogène », auxiliaire du pouvoir, avec sa coutume et ses maîtres, soit, pour l'essentiel, les professeurs recrutés par le concours d'agrégation des facultés de droit. Contestant ce critère, trois d'entre eux (gommant leur titre de professeurs) répliquèrent que la doctrine n'est formée que d'individualités, n'a ni pouvoir ni statut et qu' « il n'y a ni cour ni basse-cour à l'université* » ; V. encore G. Goubeaux, *Il était une fois… la Doctrine, A propos du livre de Ph. Jestaz et C. Jamin, RTDciv.,* Avril/Juin 2004, p. 242, n° 5.

[1201] V. les mots de P. Morvan, *précit.,* n° 2.

427. - Précisions historiques. A Rome, on écrit déjà sur le droit ; il existe bien un droit savant, et qui plus est un droit écrit. Mais ce n'est pas parce qu'il est des « auteurs » depuis très longtemps que la doctrine a toujours existé[1202]. Autrement dit, on constate bien « des doctrines » mais « la doctrine », quant à elle, n'existe pas encore en tant que collectivité, en tant que corps, en tant qu'entité. Messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin expriment très justement cette idée lorsqu'il écrivent que : « *Le concept français de la doctrine a des origines lointaines et multiples, mais il s'est cristallisé entre 1880 et 1920, grâce à un mouvement de juristes qui s'est donné le nom d'École scientifique* »[1203]. Mais comme nous l'avons dit, nous écartons, dans le cadre de cette thèse, l'étude des origines anciennes, lointaines du concept ; d'une part pour la raison qu'une telle étude a déjà été parfaitement menée[1204], d'autre part une telle étude n'aurait qu'un impact réduit sur notre propos, qui rappelons le prétend approfondir les raisons de la dissimulation de la tension établie dans la première partie. Le moment qui nous intéresse est celui où le mot prend cette dimension collective, c'est le moment où la doctrine ne renvoie plus une multitude, mais à une unité. Ce moment, c'est donc la fin du 19ème siècle, soit le temps de l'École scientifique. Toutefois, il y a déjà dans l'exégèse les germes de l'unité, qui transparait au travers de l'étude du Code. Pour ces raisons[1205], nous

---

[1202] V. toutefois sur ce point les développements d'A. Sériaux, *La notion de doctrine juridique,* Droits, « Doctrine et recherche en droit », 1995, p. 73 : « *Savigny expliquait cela par l'unité de méthode adoptée par les jurisconsultes du temps de Papinien. « C'est la maîtrise des principes directeurs du droit qui fait la grandeur des Jurisconsultes romains. Cette méthode n'est pas du tout l'apanage exclusif d'un ou de quelques rares grands auteurs : elle est le bien commun de tous (…) à telle enseigne qu'on pourrait dire (…) qu'alors les juristes sont des personnes fongibles », écrivait-il dans son manifeste de 1814. Mais cette méthode justement louée est elle-même en étroite dépendance d'une prise de conscience d'un droit tiré de l'observation de la nature des choses : d'un droit naturel. Pour justifier cette belle unité des juristes romains, Leibniz soulignait que « l'on ne trouvera nulle part de trace plus substantielle du droit naturel »* ».

[1203] V. messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin, V. *La doctrine, op. cit.,* p. 15.

[1204] *Cf. ibid.,* p. 19 à 67. Pour une version plus synthétique, V. également Ph. Jestaz, *Genèse et structure du champ doctrinal, loc. cit.,* I.

[1205] Comp. La démarche proposée par M. Boudot dans sa thèse (celle-ci a conforté notre choix) sur *Le dogme de la solution unique, op. cit.,* p. 12 : « *Nous entamerons cette analyse avec les commentateurs du Code civil, étant entendu que le 19ème siècle ne marque pas une rupture avec le 18ème du point de vue du discours juridique sur les questions pratiques. Si les Code napoléoniens ont apporté l'unification formelle et la remise en ordre du droit positif, et sont vécus en cela comme témoignant d'une rupture, les auteurs qui les commentèrent ne furent jamais que les successeurs de leurs maîtres* ». C'est donc bien des raisons analogues qui poussent l'auteur à prendre cette voie. En effet, il semble que le Code civil et sa promulgation soit un moment significatif dans le cadre d'une étude sur la doctrine. Par ailleurs, on remarque que dans toutes les introductions au droit que la promulgation du Code civil constitue le moment clef en terme d'unification du droit, unification qui va rendre possible notre concept moderne de « doctrine ». Cette manière de présenter le droit conforte donc notre décision d'analyser le concept de doctrine en prenant pour point de départ l'École de l'exégèse. V. dans cette optique P. Deumier, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 177 : « *Pour toutes ces raisons, le Code civil est un symbole. Il est, surtout, le symbole de l'unité nationale enfin réalisée. Le Code civil des Français marque, après l'éclatement de l'Ancien droit, que tous les Français sont désormais soumis à une même loi et aux mêmes obligations* » ; V. aussi J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 68 : « *Il est commode de découper l'histoire du droit français par rapport au Code civil, regardé comme le point de départ d'un ère nouvelle, et du droit civil dans lequel nous vivons – à condition de ne pas s'exagérer la profondeur de cette coupure et de ne jamais*

dirons quelques mots sur la période de l'exégèse (§1) avant de revenir sur l'apparition de l'École scientifique, dans le même temps de la « doctrine » au sens moderne du terme (§2).

§ 1. Le temps de l'exégèse : un contexte favorable à l'unification du corps doctrinal

428. - Éléments de réflexion. Rappelons de que soutenait Voltaire dans son *Dictionnaire philosophique* : « *Il y a, dit-on, cent quarante-quatre coutumes en France qui ont force de loi ; ces lois sont presque toutes différentes. Un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de postes* »[1206]. Dès lors, il est tout à fait légitime de penser qu'avant la promulgation du Code civil, et *a fortiori* d'un droit unifié sur tout le territoire, il est difficile, voir impossible pour ceux qui écrivent le droit de former un corps unique, et d'agir collectivement dans l'enseignement du droit. En effet, les auteurs de l'époque étant confrontés à de nombreuses coutumes, diverses et variées, sont contraint d'en tenir compte lorsqu'il écrivent le droit et donc, cette diversité rejaillit sur le discours des juristes. Ce que nous voulons dire, c'est que le Code Napoléon favorise largement le rapprochement des juristes qui doivent désormais travailler sur ce nouvel outil,

---

oublier que le Code civil n'a pas deux siècles d'existence, alors que ce qui l'a précédé s'enracine dans des millénaires ». Comme à son habitude, le doyen Carbonnier fait preuve de beaucoup de sagesse, et sans doute a-t-il raison, n'exagérons pas trop sur la véracité de cette coupure. Cependant, lorsque l'on s'intéresse spécialement au concept de « doctrine », le Code Napoléon donne bien cette impression d'être une « charnière du droit privé », *cf.* Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.,* n° 232 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.,* n° 131 ; on peut également citer l' *Introduction générale au droit* de F. Terré, intéressante en ce sens que lorsqu'il évoque les « *facteurs d'unité* » du droit, juste avant la promulgation du Code Napoléon, l'auteur inclut la « doctrine » et le terme figure comme nous l'avons rapporté entre parenthèse (V. *Op. cit.,* n° 76). Que faut-il en déduire ? L'auteur n'explique pas ce choix. En tous les cas, il ne peut être neutre. Sur l'aspect unificateur du Code civil, V. *précit.,* n° 82. Enfin M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit,* 1ère éd., PUF, 2009, p. 154.

[1206] *Cf.* Voltaire, *Dictionnaire philosophique,* « coutumes ». Les juristes soulignent cette diversité, souvent en la présentant comme un problème ce qui leur permet ensuite de faire l'éloge d'un Code civil parachevant l'unité du droit sur le territoire. V. notamment F. Terré, *Introduction générale au droit,* 9ème éd. Dalloz, 2012, n° 75 : « *Toutes ces coutumes présentaient ce double inconvénient d'impliquer une fragmentation d'un droit variant non seulement de province à province, mais encore souvent de ville à ville, et de soumettre la vie juridique à une incertitude fâcheuse tenant à l'imprécision inhérente à la coutume* ». V. aussi J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 69 : « *L'Ancien droit se caractérise par une extrême diversité. C'est d'abord, la diversité territoriale. D'une province à l'autre, le droit civil n'est pas le même (...) C'est, en outre, sur un même territoire, la diversité des systèmes juridiques (...) Une telle diversité n'était sans doute pas aussi intolérable qu'elle a pu sembler rétrospectivement au 19ème s. C'était cependant une gêne, spécialement pour les affaires* ». La quasi totalité des introductions au droit vont en ce sens : J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale,* LGDJ, 1982, n° 114 et s. ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit,* 14ème éd., LexisNexis, 2013, n° 233 et s. ; encore P. Deumier, *Introduction générale au droit,* 2ème éd., LGDJ, Lextenso, 2013, n° 167.

commun à tous. En d'autres termes, l'exégèse est la première véritable École de pensée individualisée chez les juristes puisque les juristes de cette École vont avoir une tâche commune : explorer le Code civil. Monsieur E. Gaudemet expliquait à ce titre que « *la promulgation du Code civil fait naître une école juridique, l'École de l'exégèse, ou école classique très nettement individualisée, et qui a pour principe que tout le droit civil est dans le Code civil ; que toute solution juridique doit se tirer d'un texte du Code* »[1207]. Nous sommes de la sorte à une époque propice aux rapprochements des juristes qui partagent maintenant un seul et même objet d'étude : le Code civil. Et ce qui réunit les auteurs de l'époque, c'est la méthode à laquelle ils ont recours[1208].

429. - La méthode exégétique pendant la première moitié du 19ème siècle. L'école de l'exégèse a beaucoup évolué entre 1804 et 1880. Ces dates sont classiquement présentées comme correspondant à la naissance et à la mort de cette école. Des phases ont été dégagées par les auteurs qui ont travaillé sur cette période de l'histoire et trois sont traditionnellement exposées dans les ouvrages : fondation (1804-1830), apogée (1830-1870) et déclin (1870-1890) [1209]. Mais encore une fois, il ne s'agit pas d'une thèse sur l'exégèse et dès lors, il convient de concentrer nos efforts et de synthétiser un peu notre propos. Quelques mots

[1207] *Cf.* E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804,* prés. C. Jamin et Ph Jestaz, éd. La Mémoire du Droit, 2002, p. 51. Dans le même sens, J. Carbonnier écrit que « *le 19ème siècle a été le siècle des grands commentateurs du Code. Le Code Napoléon paraît alors contenir tout le droit civil français. (…) Le culte du texte de loi et la recherche de l'intention du législateur de 1804 caractérisent la méthode de l'École de l'Exégèse* », *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 150. Tous les auteurs évoquent ce lien très fort qui unit les civilistes de l'époque à leur Code fraichement adopté. *Cf.* M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit, op. cit.,* p. 156 : « *Le 19ème siècle fut marqué par l'influence du Code civil. Le texte, aboutissement de plusieurs siècles de tentatives d'unification, forçait l'admiration…* » ; aussi F. Terré, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 551 : « *Le principe en est l'attachement au texte, d'où le nom de l' « École de l'exégèse » qui a été donné aux commentateurs du code pratiquant cette méthode* » ; D. Mainguy, *Introduction générale au droit,* 6ème éd., LexisNexis, 2013, n° 275 : « *L'École de l'exégèse était une école doctrinale qui prétendait interpréter la loi et, essentiellement, le Code civil, sans recourir à des influences extérieures par un très grand attachement à son texte. Il s'agissait de découvrir l'intention du législateur, c'est-à-dire de favoriser une analyse du texte de la loi pour tenter de dégager son sens, en considérant que le Code civil a nécessairement tout prévu* ».

[1208] Nous verrons que c'est également la méthode qui fait l'unité de ce que l'on appelle aujourd'hui la doctrine puisque c'est la dogmatique qui la caractérise. Nous allons y revenir, V. *infra,* n° 423. - et s.

[1209] C'est comme cela par exemple que le doyen Carbonnier expose son « *tableau d'ensemble de la doctrine française* » s'agissant de l'exégèse. V. *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 152 ; V. également Ghestin J. et Goubeaux G., *Traité de droit civil, Introduction générale,* LGDJ, 1982, n° 141 à 146 ; d'ailleurs remarquons qu'E. Gaudemet avait également distingué des phases dans l'école de l'exégèse, mais deux seulement : la constitution et l'organisation de l'école de 1804 à 1838 et l'apogée de 1838 à 1880, V. E. Gaudemet, *précit.,* p. 53. Mais rappelons qu'il n'y a là aucune réalité « palpable », ce sont les auteurs qui ont distingués ces époques, sur des fondements qui pourront toujours être remis en question. V. par exemple les remarques de messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.,* p. 73.

s'agissant de la première moitié du 19ème[1210]. Pour ce qui nous concerne, l'essentiel est de remarquer que les juristes de l'époque partent de l'étude du Code pour penser le droit. Il faut bien commencer à défricher, à analyser, bref, à découvrir ce nouvel outil. Et c'est finalement le Code qui va devenir le trait d'union entre tous ceux qui écrivent sur le droit et qui l'enseignent : tout est dans la loi et donc, tout est dans le Code. Il a en ce sens été soutenu que « *les exégètes partagent tous le souci majeur de donner aux praticiens les moyens techniques d'utiliser le code civil. A défaut d'être des théoriciens, ils débattent du moins sur la meilleure façon d'enseigner ce code et avec un goût certain de la controverse. Mais ils s'accordent tous pour cantonner la jurisprudence dans un rôle modeste et pour donner un sens ambitieux à leur propre activité : forger des principes à partir du code* »[1211]. On voit donc bien que le code demeure à l'époque le barycentre de l'ordre juridique, il attire tous ce qui se déploie autour de lui. Plus important encore, et comme on peut le lire à la toute fin de cette sentence, les exégètes ont aussi pour tâche de forger des principes, de les déduire du code et des textes de loi qu'il contient. Le doyen Carbonnier avait donc raison d'affirmer que l'école de l'exégèse avait été scientifique « *à sa manière* »[1212], les exégètes sont des juristes savants qui

---

[1210] Puisque comme nous allons le voir sous peu, c'est autour de 1850 que « *la* doctrine » remplace « *la doctrine des* auteurs », ce qui est sensiblement différent. C'est ce qu'explique Ph. Jestaz, V. *Genèse et structure du champ doctrinal, loc. cit.*, p. 20 : « *Tout se joue au 19ème siècle, étant rappelé que c'est aux environs de 1850 que la doctrine se substitue à la « doctrine des auteurs » dans le langage ordinaire des juristes : indication qui permet de dater approximativement la naissance du champ doctrinal et qui oblige, de toute façon, à dissocier les deux moitiés du siècle* ». Cette dichotomie se retrouve dans l'ouvrage *La doctrine, op. cit.,* p. 71.

[1211] *Cf.* Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.,* p. 89. Rappr. Ce qu'écrivent messieurs J. Ghestin et G. Goubeaux : « *Le droit se confond totalement avec la loi écrite. Particulièrement le droit civil est entièrement contenu dans le Code civil. (…) Ce postulat de la plénitude de la loi écrite se justifie tout d'abord par la codification napoléonienne. Toute codification impose une étude et un commentaire de la loi nouvelle. A fortiori en est-il ainsi lorsqu'il s'agit d'un code qui, comme le Code civil, réalisait en même temps l'unification du droit civil français et la consécration d'un ordre social nouveau* », V. *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.,* n° 143 ; sur la séparation entre la doctrine et la jurisprudence, V. ce que disait E. Gaudemet : « *Doctrine et jurisprudence s'isolent l'une de l'autre et se développent presque sans prendre contact. La doctrine dédaigne ouvertement la pratique, dont le rôle, pour elle, se réduit à l'application de la loi, formule de justice absolue* », *cf. L'interprétation du code civil en France depuis 1804, op. cit.,* p. 83 ; enfin J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.,* n° 145.

[1212] V. J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* n° 152. Également en ce sens, V. Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.,* p. 72 : « *les exégètes donnent vie au code civil et jettent les bases de son application pratique. Mais la quasi totalité d'entre eux ne s'en tient pas là. Si certains rédigent des commentaires exégétiques, mais en forgeant déjà des principes sur la base des textes, une majorité commence à esquisser de véritables constructions savantes (…) Quelques uns, enfin, poussent très loin le souci de construire le droit, de sorte que chez eux la « méthode dogmatique » finit par éclipser l'exégèse initiale* » ; V. aussi en ce sens p. 93 : « *Il s'agit là en effet d'un enjeu majeur, consistant à savoir si les docteurs peuvent prétendre ériger en science le droit qu'ils déduisent du code : et la réponse affirmative tient uniquement à ceci que, bien avant le triomphe de l'École dite scientifique, les exégètes s'attachent à dégager et à fixer des principes* » ; enfin E. Gaudemet, *précit.* P. 85 : « *On a souvent parlé d'un arrêt scientifique produit en France par la codification ; d'autres, comparant cette phase avec la période qui lui correspond en Allemagne, ont parlé de « maigreur scientifique » de l'époque (Ch. Giraud). Tout cela doit maintenant nous paraître inexact. La vérité est que l'interprétation du Code a suscité, bien vite, des œuvres remarquables, et que, si l'on compare cet état scientifique au néant de l'époque révolutionnaire, il faut voir là avec M. Glasson (Discours du centenaire) une véritable renaissance* ».

loin de se contenter de simples commentaires, ont largement participé à l'élaboration des grandes théories du droit civil, comme par exemple celle du patrimoine, et bien d'autres encore[1213]. Le droit commence de la sorte à prétendre à la scientificité, les auteurs qui écrivent sur le droit vont partager tant la méthode (l'exégèse) que leur objet d'étude (le code). Cette scientificité va s'étoffer, les juristes vont développer leur manière de penser le droit et pendant la seconde moitié du 19ème, on se dirige petit à petit vers le concept moderne de doctrine.

430. - L'exégèse après 1850. Il s'agit là d'une période charnière. C'est en effet à peu près à cette époque que l'expression « la doctrine » supplante celle de « doctrine des auteurs »[1214]. Le culte de la loi se dissipe, le Code a déjà été largement exploré, et dans le détail[1215], et les juristes vont se tourner doucement vers la jurisprudence[1216] qu'ils vont intégrer dans leur rationalisation du droit. Certains exégètes ont par ailleurs déjà un penchant pour les « théories générales », comme les strasbourgeois Aubry et Rau qui s'inspireront des pandectistes allemands pour forger et formuler en France la célèbre théorie du patrimoine. Ainsi, le droit est déjà une « science » et les juristes déjà des « savants ». Nous en revenons ainsi au constat fait par MM. Ph. Jestaz et C. Jamin[1217], qui se confirme à la lecture de *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804,* d'Eugène Gaudemet : « *Aubry et Rau sont la gloire de la Faculté de Strasbourg, qui a témoigné l'an dernier, dans des fêtes*

[1213] Plus on avance dans la période dite de l'école de l'exégèse, plus le constat semble vrai. V. ce que dit E. Gaudemet à cet égard, *précit.,* p. 109 : « *la même méthode leur permet de dégager et de construire pour la première fois en France une foule de théories que les purs exégètes avaient à peine aperçues, parce que les textes ne les y invitaient pas directement : théorie du patrimoine, théories de la copropriété, de la revendication, de la pétition d'hérédité, et combien d'autres encore* ».

[1214] V. note 826.

[1215] Songeons ici à la densité des traités rédigés par les exégètes, allant parfois au delà des vingt volumes !

[1216] Car l'idée selon laquelle le législateur a tout prévu s'estompe… *Cf.* F. Terré, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 556 : « *interpréter la jurisprudence, c'est aussi préciser le sens des règles dégagées à travers les décisions des tribunaux. Ceux-ci n'étant pas institués pour rendre des oracles, il est normal que l'on s'efforce de déterminer le sens de leurs décisions par rapports aux motifs qu'ils ont retenus à l'appui de celles-ci* » : en ce sens également Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.* n° 129 ; également Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.,* p. 96 : « *L'exploration de la jurisprudence civile, (…) se développe largement dans la seconde moitié du 19ème siècle* » ; également *Genèse et structure du champ doctrinal, loc. cit.,* p. 20 : « *Ayant largement mené à bien l'exploration du Code civil, les auteurs s'emploient désormais à explorer le jurisprudence de façon à maîtriser la totalité de l'espace juridique. C'est, notons-le, la première fois dans l'histoire du droit savant que l'œuvre des tribunaux retient l'intérêt des docteurs, lesquels vont alors rattraper leur retard en mettant les bouchées doubles !* ». Rappr. les propos de J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 152 ; ainsi que les mots de J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil Introduction générale, op. cit.,* n° 145 ; ainsi que n° 148 et s.

[1217] Le lecteur relira utilement la note n° 828.

inoubliables, la fidélité de son souvenir. Leur œuvre reste la plus grande et la plus parfaite de la science française du 19èmei siècle, la seule qui paraisse aujourd'hui intacte et intangible, en dépit de la rénovation des méthodes. Et comment en serait-il autrement, puisque, comme nous le montrerons dans prochain entretien, ils ont été pour une parles initiateurs de cette rénovation par l'École scientifique contemporaine »[1218] ; aussi passons nous maintenant à l'évolution du concept de doctrine qui accompagne l'apparition de l'École scientifique.

§ 2. La constitution d'un corps doctrinal homogène à l'époque de l'école scientifique

431. - Un concept identitaire et réactionnaire. « *L'unité d'esprit des auteurs* »[1219], qui favorise l'apparition d'un corps de juriste pensant sur le droit, va prendre une toute autre ampleur au 20ème siècle. Car partager une méthode et un objet d'étude n'est pas suffisant pour pouvoir véritablement parler de « doctrine », au sens ou nous l'entendons aujourd'hui. La condition est nécessaire mais il nous semble qu'un élément essentiel doit s'y adjoindre : il faut que les auteurs aient conscience d'appartenir à une communauté, à un corps ayant une véritable identité et que cette identité soit revendiquée. Autrement dit, il faut, pour pouvoir parler de « doctrine », des auteurs ayant la conviction qu'il existe une identité juridique française, un corps des professeurs de droit[1220]. Rappelons en ce sens cet extrait particulièrement expressif de ce point de vue, extrait figurant sur la quatrième de couverture de l'ouvrage de messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin, intitulé *La Doctrine* : « *D'abord intuitive, cette notion est construite un peu plus tard par l'École scientifique qui, pour résister à la montée des sciences sociales, fonde la doctrine sur le primat de la dogmatique. A partir des années 1920, la doctrine s'identifie ainsi à une certaine manière française (une école française ?) distincte de celle adoptée par les autres pays doctrinaux, qui sont en substance*

[1218] *Cf.* E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804,* prés. C. Jamin et Ph Jestaz, éd. La Mémoire du Droit, 2002, p. 110.

[1219] L'expression est utilisée par MM. Ph. Jestaz et C. Jamin, *Cf. La doctrine, op. cit.,* p. 87.

[1220] Rappr. les propos de J. Carbonnier sur H. Capitant : « *la conviction se noua en lui qu'il existait une culture juridique française, qu'elle avait une identité, et que celle-ci devait être défendue contre des périls scientifiques dont le moindre n'était pas le cosmopolitisme, nécessairement inhérent au droit comparé. Il fonda en 1935 l'Association qui porte son nom : elle a été depuis lors le moteur de colloques entre Amis, français et étrangers, de la culture juridique française, et a donné lieu à une collection impressionnante de Travaux* », *cf. Droit civil, op. cit.,* n° 152.

les pays romanisés »[1221]. Cette dimension identitaire se manifeste tant dans un « nationalisme » juridique que dans une protection vis-à-vis des autres sciences sociales qui se développent à l'époque. Cet isolement se traduit notamment par une technicisation extrême de la matière : les juristes ne sont pas compris des autres chercheurs. Ils ne se comprennent qu'entre eux[1222]. Mais dans tous les cas, l'effet reste le même : les juristes s'isolent, ils affirment une identité propre.

432. - Contexte d'apparition de l'École scientifique. Toujours avec à l'esprit la relativité des dates, il est classiquement enseigné que 1880 correspond au déclin de l'exégèse et à l'apparition progressive de cette nouvelle école : l'École scientifique. La méthode propre aux exégètes va évoluer en reconnaissant à la jurisprudence une importance accrue, et le phénomène ne cessera de s'amplifier. Il a été écrit au soutien de l'assertion que « *La doctrine de la première moitié du siècle* (le 20ème siècle) *trouve une unité apparente en ce qu'elle colle de moins en moins au Code civil et de plus en plus à la jurisprudence* »[1223]. Il s'agit de repenser la question des sources du droit, et en particulier de battre en brèche l'omnipotence de la loi. Ce renversement revêt au final tous les traits d'une critique de l'exégèse[1224], dont les méthodes blâmées et surtout rejetées par les juristes. Nous avons cependant souligné que certains exégètes avaient déjà en leur temps accordé à la jurisprudence une attention particulière. Et le mouvement va aller plus loin puisque par delà la jurisprudence, la doctrine

[1221] V. Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.,* quatrième de couverture.

[1222] V. ce qu'écrit Ph. Jestaz, *Le déclin de la doctrine ?, loc. cit.,* p. 96 : « *la doctrine juridique française devrait lutter contre un de ses maux les plus sournois qui est qu'elle souffre d'enclavement social : elle n'est connue que des juristes. L'obstacle technique n'explique pas tout ou du moins ne justifie rien tant qu'on n'a pas tenté de le dépasser pour écrire à l'intention d'un public plus large, cultivé mais indifférencié. Or dans les grands débats de société, les juristes font rarement entendre leur voix* ».

[1223] V. J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* n° 152 ; V. aussi en ce sens M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit,* 1ère éd., PUF, 2009, p. 157 : « *Le droit du 20ème siècle se caractérise sans doute précisément par le rôle essentiel joué par la jurisprudence, notamment dans l'interprétation du Code civil, interprétation souvent libre et audacieuse. Le droit civil du 20ème siècle est ainsi fait autant de « grands arrêts » que de grandes lois* » ; enfin J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil Introduction générale, op. cit.,* n° 149 : « *Le législateur ne peut prévoir et a fortiori résoudre toutes les difficultés susceptibles de naitre, dans le présent et l'avenir, des relations sociales. Le droit ne peut être entièrement contenu dans la loi écrite* ».

[1224] V. sur ce point, J. Carbonnier, *précit.* : « *Après Gény, les méthodes de l'École de l'exégèse furent discréditées* » ; aussi D. Mainguy, *Introduction générale au droit,* 6ème éd., LexisNexis, 2013, n° 277 : « *A partir des années 1880, la méthode exégétique a été critiquée, dépassée au profit d'une méthode plus globale, dite de la libre recherche scientifique, prônée par le doyen François Gény* » ; encore F. Terré, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 196 : également Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.,* n° 250 ; enfin messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine, op. cit.,* p. 133 : « *Désormais la jeune génération des civilistes – celle qui souffre de l'étroitesse d'esprit régnant alors dans certaines facultés de droit – peut se rallier au célèbre d'ordre que lance Saleilles dans la préface de l'ouvrage, celui d'aller « au-delà » du code civil !* ».

va s'intégrer elle même dans l'étude qu'elle fait des sources du droit et s'instituer « autorité »[1226].

433. - La doctrine au sein des sources du droit. Il a déjà été affirmé que pour que la doctrine existe pleinement, il était nécessaire qu'elle prenne elle même conscience de son existence. Et cette prise de conscience va s'incarner dans une présentation nouvelle que font les juristes de la théorie des sources du droit. La doctrine opère à l'époque[1227] un « coup de maître » puisqu'elle va elle même se penser dans le cadre des sources du droit : « *contrairement à la jurisprudence, c'est sans aucune difficulté que la doctrine trouve sa place au sein de la théorie des sources. Personne n'en discute vraiment (...) Il n'y a que la terminologie qui change : selon les auteurs, la doctrine est une simple autorité ou une source purement matérielle* »[1228]. Cette distinction entre source du droit et autorité en droit s'explique très simplement par le fait que le discours doctrinal ne crée pas directement une contrainte juridique : le juge n'est pas tenu de trancher conformément aux prescriptions doctrinales, il pourra toutefois s'en inspirer : « *La doctrine n'est certainement pas une source du droit civil. (...) Mais la doctrine est une autorité en droit civil, une inspiratrice pour le juge, un mobile de décision parmi d'autres, auquel il attachera plus ou moins de poids suivant les circonstances* »[1229]. Ainsi donc, ce grand renversement du 20ème siècle tient à une prise

[1226] Une précision terminologique au passage : les termes « autorité » et « auteur » connaissent des origines communes puisqu'ils dérivent tous deux de « *autoritas* », lui même venant au « *auctor* ».

[1227] D'ailleurs, le terme « doctrine » n'apparaît dans la majorité des introductions générales qu'au moment de la présentation de l'École historique et évolutive. Ce qui laisse encore une fois penser que c'est bien à cette période que la doctrine se constitue. V. par ex. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil Introduction générale, op. cit.,* n° 152 ; V. dans le même sens R. Encinas de Munagorri, *Introduction générale au droit,* 3ème éd., Champs université, Flammarion, 2011, p. 340 : « *C'est du moins le cas en France, où la notion de doctrine est contemporaine de celle de source du droit* » ; rappr. également les mots de D. Mainguy, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 259 : « *la doctrine – le terme est postérieur au Code civil, avant on parlait de jurisconsultes* ».

[1228] Ph. Jestaz et C. Jamin, *précit.,* p. 139.

[1229] Tous les travaux doctrinaux abordent le concept de doctrine par le biais de la question de savoir si celle-ci constitue une source ou une autorité. Mais V. par exemple les remarques de M. Boudot à cet égard : « *si l'on s'interroge sur le concept de « doctrine » en se demandant ce qu'il signifie, à la question « qu'est-ce que la doctrine ? » se trouve le plus souvent substituée une autre question « la doctrine est-elle source du droit ? ». Comment expliquer qu'à une question sur la signification de la « doctrine », l'on réponde « la doctrine est une « source » ou « n'est pas une « source » du droit », c'est-à-dire que l'on répond en termes de fonction dans un système hiérarchisé, formellement ou non* », *cf. Le dogme de la solution unique, Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé,* Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille. V. aussi J. L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.,* n° 59 : « *La doctrine est généralement traitée parmi les sources ou à leur propos (...) Une certaine focalisation sur la théorie des sources du droit conduit à privilégier la loi et la jurisprudence et à réduire la doctrine, « simple reflets des sources véritables », à un rôle secondaire* » ; Nous pouvons également avancer l'argument des Introductions de droit civil qui évoque le concept de doctrine dans ce cadre précis et la réponse la plus fréquente est que la

conscience par la doctrine de sa propre existence. Un corps autonome de professeurs est créé, et c'est désormais sous l'étendard de La Doctrine que les théoriciens vont écrire sur le droit. et le mouvement lancé par l'École scientifique va continuer à se développer et demeure encore à l'heure actuelle[1230]. Les juristes forment désormais une communauté, une communauté scientifique, et de cette scientificité découle son autorité[1231].

434. - Une communauté de scientifiques. Avec l'école scientifique[1232], les juristes vont élever le droit au rang de science, comme cela ressort assez explicitement du nom que ces juristes donnent à leur école[1233]. Évidemment, le droit n'est pas une science au sens étroit

---

doctrine est une autorité. En ce sens J. Carbonnier V. *op. cit.,* Vol. I, n° 150 et 151 ; MM. J. Ghestin et G. Goubeaux traitent eux aussi du concept dans une réflexion sur les sources du droit et affirment que « *la doctrine n'est pas une source du droit ; mais elle influence les tribunaux et le législateur* », *cf. Traité de droit civil, Introduction générale,* LGDJ, 1982, n° 227. V. également G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens,* 8ème éd., Montchrestien, 1997, n° 437 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit,* 4ème éd., Litec, 1996, n° 237 ; C. Larroumet, *Droit civil,* T. 1, *Introduction à l'étude du droit privé,* 3ème éd., Economica, 1996, n° 156 ; Ph. Malaurie, *Introduction générale,* Paris, Cujas, 1994, n°285. A noter que MM. J. Ghestin et G. Goubeaux, dont nous avons rapporté les propos, ont pu soutenir dans un traité postérieur coécrit avec M. Fabre-Magnan que la doctrine était bel et bien une source du droit, nous reviendrons sur ce que cela peut signifier. V. *Traité de droit civil, Introduction générale,* 4ème éd., LGDJ, 1994, n° 574 ; J.-L. Aubert, *Introduction au droit,* 10ème éd. Que sais-je, PUF, 2007, p. 88 : « *La doctrine n'est certainement pas une source du droit, même indirecte. Ce qui n'empêche qu'elle peut jouer un rôle appréciable dans l'évolution de l'ordre juridique par le pouvoir de suggestion dont elle dispose à l'évidence et qu'elle exerce, abondamment, au travers de ses diverses œuvres* » ; également Malinvaud Ph., *Introduction à l'étude du droit, op. cit.,* n° 145 : « *Mais dans la mesure où, comme la jurisprudence, elle est à tout le moins une autorité, sinon une source de droit, on en traitera parmi les sources de droit autres que les textes* » ; P. Deumier, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 385 : « *La doctrine s'est autoproclamée autorité et perpétue ce rang depuis Gény. Le terme aurait pu être mieux choisi car le lecteur non averti pourrait y voir l'aveu d'une force juridique. Or, ce n'est pas au sens de « pouvoir » que cette autorité doit être comprise mais au sens de « faire autorité » (…) La doctrine ne peut prétendre à une autre fonction que celle de proposition et à une autre puissance que celle de la persuasion* » ; V. enfin B. Petit, *Introduction générale au droit,* 7ème éd., PUG, 2008, n° 41 : « *La doctrine n'est qu'une autorité, ou encore une source indirecte…* ».

[1230] V. évidemment Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.,* p. 9 : « *Et cette situation a perduré jusqu'à nos jours. On parle toujours de l'École scientifique au passé, mais à la vérité, ses enseignements n'ont jamais été réfutés ni abandonnés. C'est au contraire dans son sillage que s'est cristallisée une manière française de présenter le droit* » ; V. également les développements de J.-L. Bergel qui semblent aller dans le même sens : « *C'est ce « droit de professeurs » qui influence encore le modèle français de la doctrine juridique, que ses auteurs soient des universitaires ou des praticiens.* ***La vocation actuelle de la doctrine y reste principalement de présenter et d'expliquer le droit positif de manière rationnelle et d'en susciter ou orienter l'évolution****, dans des matières ou sur des questions déterminées, en cohérence avec le système juridique existant, sans exclure pour autant telles ou telles aspirations* », *cf. Théorie générale du droit, op. cit.,* n° 59.

[1231] En ce sens G. Goubeaux, *Il était une fois la doctrine, loc. cit.,* n° 6 : « *Autorité ? Elle (la doctrine) n'est que celle du raisonnement et de la logique et non celle qui dériverait d'un statut privilégié. Bref, on pourrait résumer le tout en forme d'un adage qui s'énoncerait : « écrit qui peut, convainc qui peut »* » ; rappr. les mots de C. Atias, *La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé, R.R.J.,* 1983-2, p. 460 : « *la doctrine ne se contente nullement, pour trancher, d'invoquer la supériorité de la loi. C'est au fond qu'elle se réfère, à l'inspiration des règles, à l'opportunité de chacune des solutions, à la cohérence de l'ensemble* ».

[1232] V. *supra,* n° 432. - et s.

[1233] Remémorons nous les propos du doyen Carbonnier qui voyait là une certaine « *arrogance* », *cf. Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 152. Quoiqu'il en soit, c'est bien avec cette école que la cohérence du système devient un

(ce que l'on appelle communément une « science dure » mais comme le remarquait le doyen Carbonnier, « *si tout ensemble de connaissances raisonnées et coordonnées mérite ce nom (ne fût-ce que par opposition à l'empirisme), il est bien certain qu'il existe une science du droit* »[1234]. La définition du terme qui figure dans le dictionnaire de monsieur A. Lalande est intéressante, elle permet de compléter la citation précédente ; une science s'entend ainsi d'un « *ensemble de connaissances et de recherches ayant un degré suffisant d'unité, de généralité, de susceptibles d'amener les hommes qui s'y consacrent à des conclusions concordantes, qui ne résultent ni de conventions arbitraires, ni des goût ou des intérêts individuels qui leur sont communs, mais de relations objectives qu'on découvre graduellement, et que l'on confirme par des méthodes de vérifications définies* »[1235]. Cette définition appelle quelques commentaires. D'abord, on peut percevoir l' « arrogance » dont parlait Carbonnier : les professeurs de cette École scientifique vont eux mêmes prétendre à la scientificité, autrement dit ce sont eux qui décident que le droit a atteint un degré d'évolution suffisant pour qu'il mérite le nom de science. Ensuite il y a toujours derrière l'idée de science une prétention à l'objectivité, à la neutralité qui doit guider la conduite du scientifique. Dans cette perspective, il semble qu'il faille opposer « science » à « opinion ».

435. - Science et opinion. Peut-on échapper au règne des opinions ? Voilà qui ferait un beau sujet pour une dissertation de philosophie et on se rappellera à cet égard les développements de Kant dans sa réponse à la question « *Qu'est-ce que les Lumières ?* ».

---

enjeu majeur. V. D. Mainguy, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 259 : « *une nouvelle école, dite école scientifique, apparaissait avec François Gény. En toute hypothèse, cette place importante, qui peut même être quasi-exclusive, repose sur une tradition d'explication et de mise en ordre du droit romain, d'abord, des coutumes ensuite, du droit français ensuite et enfin des lois. Il en résulte une présentation du droit reposant sur des techniques d'exposition fondées sur des canons de cohérence et de complétude du droit* » ; également Ph. Jestaz, *Les sources du droit,* « Connaissance du droit », Dalloz, 2005, p. 136 : « *la certitude ne peut plus venir que de la science. Et aux termes d'une démarche scientiste conforme à l'esprit du temps, la doctrine va se constituer en École scientifique chargée d'ordonner le droit, ce qui d'une certaine façon lui permettra de dominer les autres sources* ».

[1234] V. J. Carbonnier, *ibid.,* n° 22 et n° 28 : « *Le droit, dogmatiquement entendu, est-il une science ou un art ? Dans la mesure où il se veut, et s'est fait, science, il peut aisément se mettre au bénéfice des recherches très actives d'épistémologie…* » ; Rappr. Ph. Jestaz, *Le droit, Le droit,* « Connaissance du droit », Dalloz, 2010, p. 109 : « *Le droit peut-il être considéré comme une science sinon en lui-même (cela va de soi), du moins sous certains de ses aspects ? A cette question, nombre de juristes ont spontanément tendance à répondre par la négative. Les sciences proprement dites visent à établir des liens de causalité, dont il ne saurait être question ici : le droit, quant à lui, cherche ce qu'il paraît souhaitable de prescrire dans une situation donnée. Par conséquent ce serait plutôt un art, celui de régler le moins mal possible les conflits sociaux. Mais cette réponse est un peu courte. (…) La véritable question est si la réflexion du juriste peut ou doit être conduite dans un esprit scientifique, c'est-à-dire de manière rigoureuse, raisonnée et construite. Cette fois, la réponse ne peut être que positive : les juristes s'y efforcent depuis toujours en pratiquant ce qu'on appelle la dogmatique juridique* ».

[1235] A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, V°, sens D.

Rappelons nous l'invitation du philosophe allemand à sortir d'un état de « minorité », de « tutelle ». Autrement dit, Kant nous invite dans son texte à faire usage de notre raison, et à échapper au règne des opinions. C'est à cette invitation que répondent les juristes de l'école scientifique. Ici, « *la science, dans ce sens général, s'oppose à l'opinion, assertion par nature arbitraire* »[1236]. La science du droit n'est pas arbitraire ; il s'agit de rechercher des principes, de forger des théories générales et de créer un « *système dans lequel il est fait un usage légitime de la raison* »[1237]. Le droit est construit en raison[1238] Il y a donc du « Kant » dans la démarche proposée par l'école scientifique, au sens où il s'agit d'échapper à l'opinion pour se diriger vers un droit systématisé rationnellement. Ainsi, parler de « science du droit », c'est faire référence à un ensemble de connaissances ordonnées par la raison (l'ordre établi n'est pas arbitraire) qui porte sur le droit[1239]. Revenons donc sur la distinction entre le droit et la science du droit.

436. - Distinction entre « droit » et « science du droit ». Il faut là encore avoir à l'esprit la relativité de toute distinction ; celle-ci n'y échappe pas. C'est ce qu'exprime M. Troper lorsqu'il écrit que « *La question de savoir s'il peut exister une science du droit est fort ancienne et les réponses qu'on lui donne dépendent des significations multiples qu'on aux mots « science » et « droit »* »[1240]. Cela étant dit, comment distinguer « droit » et « science du droit » ? C'est dans la linguistique qu'on est allé chercher des outils qui ont été intégré au sein

---

[1236] *Cf.* M. Blay, *Dictionnaire des concepts philosophiques,* Larousse, éditions du CNRS, 2006, V°.

[1237] V. *ibid.*

[1238] *Cf.* p. Morvan, *La notion de doctrine, précit.,* n° 7 : « *Il convient de sauter un pas supplémentaire : tout interprète du droit (…) fait œuvre de doctrine dès lors qu'il déploie un raisonnement. Le raisonnement se définit comme l'exercice de la faculté de raisonner par opposition à l'expérience, à l'évidence, au fait et à l'action. (…) Du point de vue matériel, elle (la doctrine) recouvre l'ensemble des « raisonnements » déployés dans la sphère de l'ordre juridique* ». Ce propos rejoint bien l'idée que la science du droit relève du rationnel, il s'agit d'échapper au règne des opinions, des évidences.

[1239] Rappr. les propos de M. Troper, *La philosophie du droit,* 3ème éd. « Que sais-je », PUF, 2011, p. 26 : « *En tout état de cause, si la science est un ensemble de connaissances, alors le droit ne peut pas être une science parce qu'il est un ensemble de pratiques. Pourtant, si le droit n'est pas lui-même une science, on peut néanmoins concevoir une science distincte de lui, mais qui le prend pour objet, c'est-à-dire qui se donne pour tâche de le décrire* ». Également *supra,* note 1040.

[1240] *Cf.* M. Troper, *La philosophie du droit,* 3ème éd. « Que sais-je », PUF, 2011, p. 26. Nous renvoyons également aux remarques formulées par Nietzsche sur le problème des définitions (V. *supra,* note 980). V. aussi les développements de J. Carbonnier à ce sujet : « *Le mot* (le mot « droit »)*, très général, est susceptible d'acceptions diverses. On entend par là tantôt des phénomènes sociaux (c'est en pensant à eux que le grand juriste allemand Jhering a écrit : « Le droit doit être… tel qu'il est ») ; tantôt une science, un peu à part (celle que l'on apprend en « faisant son droit », … « comme on fait ses dents de sagesse », ajoutait un romancier un peu grinçant) ; tantôt, enfin, par delà les phénomènes et au-dessus de la science, un absolu, thème de philosophie (le droit pour lequel, dans les révolutions et les guerres, si facilement on meurt). Ces divers sont légitimes ; ils aident à révéler un contenu trop riche* », V. *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 3.

d'une réflexion juridique. Il faut donc distinguer les fonctions des énoncés du langage pour comprendre la distinction juridique entre droit et science du droit ; un discours, ou plutôt un énoncé peut véhiculer une indication ou une prescription[1241] : « *Par la première, nous communiquons des informations, nous décrivons le monde ; par la seconde, nous tentons de provoquer des conduites au moyen de commandements, de conseils ou de recommandations. Au moyen du langage descriptif, nous affirmons que quelque chose est ; au moyen du langage prescriptif, que quelque chose doit être* »[1242]. Appliquant ces considérations à notre discipline, M. Troper explique[1243] que : « *Cette distinction est au fondement de l'opposition du droit et de la science du droit, car le droit est formé d'une espèce particulière de prescriptions, les normes, alors que la science du droit est faite de propositions* »[1244]. Pour le dire simplement, la science du droit décrit son objet qui est le droit ; il y a donc le droit et le discours sur le droit[1245]. Que penser de tout cela ? Et bien, pour ce qui nous concerne, nous rejetons assez volontiers cette distinction : celle-ci véhicule une idée particulièrement dangereuse à nos yeux, ou plus exactement une croyance ; croyance en l'objectivité scientifique. Or la neutralité est un mythe[1246]. D'ailleurs, cela oblige M. Troper à distinguer la « science du droit » de la dogmatique juridique : « *La différence entre science du droit et dogmatique juridique concerne l'objet et la méthode. L'objet, car la science du droit porte sur la norme en vigueur ; la dogmatique, sur la norme applicable. La méthode, car la science du droit décrit, tandis que la dogmatique recommande* »[1247]. La distinction nous paraît encore une fois assez difficile à mettre en œuvre, notamment s'agissant de distinguer clairement « norme en

[1241] Il existe d'autres fonctions du langage, mais seules sont utiles pour notre propos les deux que nous avons évoquées.

[1242] V. M. Troper, *précit.,* p. 27.

[1243] Le lecteur se sera aperçu des nombreuses références à la pensée de M. Troper, cela pour la simple raison qu'il a été celui qui a forgé cette distinction de la manière la plus aboutie et surtout parce qu'il en est à l'origine… Il va être suivi par ses élèves nanterrois qui reprendront cette distinction. V. par exemple l'ouvrage de V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit,* Méthode du droit, 1ère éd. Dalloz, 2014.

[1244] *Cf.* M. Troper, *ibid.,* p. 28.

[1245] Et de ce fait, M. Troper, en détaillant sa démarche, se situe au niveau de la « *métascience* » ou un « *méta-métalangage* » (un discours sur le discours !).

[1246] V. A. Sériaux, *La notion de doctrine juridique,* Droits, « Doctrine et recherche en droit », 1995, p. 68 : « *ce même discours (le discours qui se prétend scientifique) supposera d'argumenter pro et contra et par là même de dépasser la stricte neutralité, où l'on croit à tort pouvoir le cantonner. Une telle neutralité est un mythe proprement anti-scientifique dans la mesure où toute réalité est par essence normative, l'expression d'un devoir-être qui n'est rien d'autre qu'une plénitude d'être. Dès lors toute science est fatalement prédictive : elle annonce ou énonce ce qui doit être à partir de ce qui est* ». V. aussi en ce sens D. Lochak, *La neutralité dogmatique : mythe ou réalité ? L'impossible neutralité », in Théorie du droit et science*, *Varii auctores,* dir. P. Amselek, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 293 et s.

[1247] V. M. Troper, *ibid.,* p. 61.

vigueur » et « norme applicable », puisque logiquement, la norme applicable est forcément en vigueur… Par ailleurs, on ne peut que relever l'artifice de cette croyance (quasi religieuse) en la neutralité scientifique : la science du droit décrit. Au passage, notre thèse contredit cette idée dans la mesure où nous avons affirmé que la doctrine occultait une tension au sein du droit des contrats. En ce sens, elle ne décrit pas vraiment et pleinement le droit des contrats. Voilà l'ambition qui existait déjà dans l'esprit des juristes de l'école scientifique et qui existe encore aujourd'hui. Ajoutons à cela que ceux qui pratiquent la dogmatique refuseraient sans aucun doute l'idée qu'il « recommande » quelque chose, qu'ils se situent dans le « devoir être ». Voilà les raisons pour lesquelles nous rejetons la distinction. Nous préférons la présentation du doyen Carbonnier qui voit dans la dogmatique une science qui a pour objet le droit positif[1248], ou encore la définition proposée par A.-J. Arnaud qui évoque un « *domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques* »[1249]. Ajoutons que la dogmatique devient avec l'École scientifique « *l'activité principale* »[1250] de la doctrine, la méthode utilisée par tous les auteurs ; c'est cela même d'ailleurs qui fait qu'ils sont La doctrine.

437. - Bilan. Le concept français de doctrine est un phénomène historique ; c'est par l'histoire qu'il est possible de comprendre ce que l'on entend aujourd'hui lorsque l'on parle de « doctrine ». A cet égard, nous avons observé que l'exégèse constitue une véritable « École » de pensée ; qui se caractérise par la méthode qu'elle utilise pour analyser et enseigner le droit. Il y a donc dans l'exégèse une réelle unité qui favorise le rapprochement de la pensée des auteurs : la promulgation du code civil oblige les juristes à explorer cet outil révolutionnaire et surtout, nouveau. En somme, les germes de l'unité sont déjà contenus dans l'exégèse. Mais nous avons insisté sur l'importance d'une prise de conscience par la doctrine de sa propre existence, ce pour pouvoir véritablement parler de doctrine. Et cela arrive au 20ème siècle, avec des juristes qui critiquent vivement leurs prédécesseurs, qui auraient eu une

[1248] Telle est la présentation de J. Carbonnier qui ne parle pas de dogmatique mais de « *sciences du droit positif* », « *science de systématisation et d'interprétation* ». Nous retrouvons ainsi la définition de A.-J. Arnaud. La « dogmatique juridique » est un : « *Domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques* », V. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* 2ème éd., LGDJ, 1993, V°.

[1249] Cette définition de la dogmatique juridique figure dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* 2ème éd., LGDJ, 1993, de A.-J. Arnaud, V°.

[1250] C'est l'expression utilisée par monsieur S. Pimont dans un article (sur lequel nous allons revenir) intitulé *Critiques des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français, R.J.T,* 44-3, 2010, p. 137 ; dans le même, V. ce qu'expliquent messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin dans *La doctrine, op. cit.,* p. 141 où il est question d'une « *identité* (les auteurs parlent de l'identité doctrinale) *fondée sur le primat de la dogmatique* ».

vision étriquée du droit, à tout le moins réduite à l'explicitation et à l'interprétation des lois. Dès lors les « *idées nouvelles rendaient mieux perceptible le rôle essentiel de la jurisprudence en tant que source du droit* »[1251], et le constat va être le même s'agissant de la doctrine qui va s'instituer « autorité » en droit civil, soit une communauté, un groupe d' « auteurs » qui écrit sur le droit. Par surcroît, les membres de cette communauté sont désormais des scientifiques. Leur grande maitrise de la technicité du droit et leur habileté dans l'application de la méthode dogmatique va faire d'eux de véritables experts. Mais cet engouement des juristes pour la raison du droit, cette volonté profonde de faire de ce droit une science, expliquent les problèmes auxquels nous sommes aujourd'hui confrontés. C'est l'hypothèse que nous avons faite : la méthode dogmatique qui devient avec l'École scientifique la seule méthode utilisée par la doctrine juridique française explique un discours doctrinal réducteur dans le droit des contrats.

[1251] V. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale,* LGDJ, 1982, n° 152. Mais le lecteur se reportera utilement à toutes les références faites dans cette section. En particulier le n° 314 ainsi que la note n° 838.

SECTION 2

LA DOCTRINE ET LA DOGMATIQUE JURIDIQUE

438. - La dogmatique juridique : une méthode avec ses avantages et ses inconvénients. La dogmatique juridique présente sans nul doute de nombreux avantages, ce qui explique sans doute son succès[1252]. Elle permet entre autre la construction d'un véritable système, logique et cohérent. Cette logique et cette cohérence sont censées être au service de la justice, en ce sens qu'elles favorisent la sécurité juridique et la prévisibilité du droit (car *nemo censitur ignorare legem*). En somme, la dogmatique juridique permet de voir plus clair dans un espace immense où l'obscurité règne : la multitudes des lois et des décisions de jurisprudence impliquerait un travail de mise en ordre. Mais une telle entreprise n'est-elle pas, en elle même, une violence faite à la réalité ? Nietzsche n'avait-il pas raison lorsqu'il affirmait qu'il y a chez les faiseurs de systèmes un manque de probité[1253] ? En somme, une telle technique n'a t-elle que des avantages ? Sans doute pas[1254]. Le constat de l'occultation par la doctrine d'une tension au sein du droit des contrats nous paraît aller dans ce sens. L'occultation n'est qu'une conséquence de l'application de cette méthode très particulière qu'est la dogmatique juridique. Nous revenons donc plus en détail sur cette méthode, qui constitue l'activité principale de la doctrine française (§1). Nous montrerons ensuite en quoi l'occultation observée dans le discours doctrinal est bel et bien un effet de cette activité (§2).

[1252] Il y a ainsi une grande fierté à faire de la dogmatique. G. Goubeaux écrivait ainsi : « *On se sent rempli de fierté en prenant conscience de cette production du génie français : la doctrine alliant sous le sceau de l'intelligence la cohérence, la solidité et la solidarité sans rien aliéner de la liberté et de l'indépendance de ses membres. Fierté qui se renforce au fur et à mesure que se révèle, sous la lumière projetée par Ph. Jestaz et C. Jamin, le statut de la doctrine, avec les fonctions qu'elle assume ouvertement : clarification, mise en ordre, examen critique des solutions…* »

[1253] *Cf.* F. Nietzsche, *Crépuscule des idoles,* Folio/ Essais, Gallimard, Textes et variantes G. Colli et M. Montinari, Trad. J.-C. Hémery, V. « Maximes et traits », n° 26 : « *Je me méfie de tous faiseurs de systèmes et m'écarte de leur chemin. L'esprit de système est un manque de probité* ».

[1254] V. à cet égard Ph. Jestaz, *Le droit, op. cit.,* p. 100 : « *La technique a ses ratés : fictions inutiles, théories inadaptées, concepts obscurs. On peut les éliminer. Mais elle a aussi des défauts qui lui sont inhérents et qu'on peut tout juste réduire. La version officielle présente sous un jour favorable le rôle de la technique. Dans la réalité, les effets heureux se mélangent aux effets pervers* ».

§ 1. Retour sur la méthode dogmatique en tant qu'activité principale de la doctrine en France

439. - Points importants. De nos jours, plusieurs auteurs défendent l'idée que la dogmatique juridique fait partie de l'identité de la doctrine. Messieurs Jestaz et Jamin écrivaient en ce sens que « *La doctrine française s'est constituée à la transition du 19ème et 20ème siècle et ce n'est pas là le fruit du hasard. Elle a construit son identité, qui est forte, en fixant les canons d'une science juridique identifiée à la dogmatique* »[1255]. Or en travaillant plus en détail cette méthode spécifique, cette technique de formalisation du droit particulière, nous comprenons pourquoi la doctrine occulte la tension mise en lumière dans la première partie. Cela étant dit, nous apporterons des précisions sur les outils qui permettent au dogmaticien de travailler (A), il sera par suite question de quelques indications sur l'œuvre produite par le dogmaticien (B).

A. Les outils du dogmaticien, éléments constitutifs du discours doctrinal

440. - Les instruments du discours doctrinal. Ph. Jestaz a pu écrire que : « *le droit tire son efficacité de la charge interne de pouvoir mise dans les mots (comme la poudre dans la cartouche). Et les mots font mouche parce que leur assemblage les dirige vers la cible à atteindre. Le discours juridique comporte donc un langage et un raisonnement pour enchaîner les propositions, mais aussi des constructions pour coiffer et expliciter le tout* »[1256]. J.-L. Bergel soulignait également que « *Tant pour son établissement que pour sa mise en œuvre, le système juridique a besoin d'instruments susceptibles de permettre son organisation, son expression, son application, son évolution (…) La mise en œuvre du droit*

[1255] *Cf.* Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.,* p. 8 ; V. également en ce sens p. 157 : « *En résumé, depuis les années 1920, la France a connu des courants intellectuels qui tentaient de remettre en cause soit l'exclusivisme de la dogmatique, soit la manière même de la pratiquer. Mais ces courants n'ont jamais été en mesure de modifier un discours puissamment ancré dans les esprits* ». Rappr. S. Pimont, *Critiques des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français, R.J.T,* 44-3, 2010, p. 142 : « *Depuis que l'école dogmatique l'a emporté en droit privé français, à la première moitié du 20ème…* ».

[1256] *Cf.* Ph. Jestaz, *Le droit, op. cit.,* p. 94.

passe par des concepts bien définis et un langage clair et précis »[1257]. Tout cela pour dire que la doctrine a besoin d'outils pour travailler. Ce sont une langue et des constructions théoriques qui lui permettent de forger le discours doctrinal, aussi nous faut-il apporter quelques précisions sur lesdits outils.

441. - La langue du droit. Monsieur Ph. Malinvaud à pu insister avec force sur la nécessité d'un langage juridique : « *« De même qu'il faut d'abord apprendre sa langue pour connaître un peuple étranger, pour comprendre ses mœurs et pénétrer son génie, de même la langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu ». Ainsi s'exprimait Henri Capitant dans la préface au Vocabulaire juridique de 1936 (...) Ce serait une grave erreur de voir là un jargon dans lequel se complairaient les juristes par une sorte de pédanterie ou pour écarter des affaires les non-initiés. On ne peut parler de droit que dans la langue du droit, pour cette raison très simple que la plupart des institutions et des concepts juridiques n'ont pas de dénomination dans le langage courant* »[1258]. Ainsi pour rendre intelligibles les phénomènes juridiques, la doctrine a développé son propre langage. Il existe une langue du droit et pas étonnant donc qu'il existe des dictionnaires juridiques qui contiennent cette langue. Cette langue est faite de concepts, de notions qui vont être rassemblées, comme l'observe monsieur Jestaz, au sein d'un tout cohérent et logique. L'existence d'un langage juridique doit être rattachée à l'opération de qualification, opération qui consiste à traduire des faits dans le langage du droit[1259]. C'est le problème de la nature juridique : « *Par l'analyse interne, en dégageant ses traits caractéristiques, on cherche à situer une institution dans le système du droit, à faire apparaître sa parenté avec d'autres institutions, voisines ou plus générales* »[1260]. La question de la nature des institutions prolonge donc l'idée d'une langue du droit. Revenons sur ces définitions et ces concepts qui forment cette langue.

[1257] *Cf.* J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.,* n° 163.

[1258] V. l'avant propos du *Vocabulaire juridique.* Comp. les mots de J.-L. Bergel, *précit*. : « *Certes, « le discours juridique » n'intéresse pas, comme d'autres discours scientifiques, qu'un groupe limité d'initiés. Il s'adresse potentiellement à tous les citoyens. Pour leur être accessible, il devrait théoriquement s'identifier au langage courant. Mais il se doit aussi d'être plus précis et n'échappe pas aux exigences techniques des concepts, des mécanismes, des prescriptions et des raisonnements juridiques* ».

[1259] *Cf.* J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 23 ; également J.-L. Bergel, *précit.,* n° 254.

[1260] V. J. Carbonnier, *précit.* ; comp. J.-L. Bergel, *précit.*, n° 275 : « *Pour pénétrer dans le droit, les faits ont besoin d'être conceptualisés. (...) Il faut ainsi confronter les faits établis à des cas de figure, à des concepts, régis par des règles de droit pour connaître ceux auxquels ils s'identifient et donc les règles juridiques qui doivent leur être appliquées* ».

442. - Des concepts et des catégories. Les théories générales fonctionnent grâce à des concepts qui devront être préalablement définis et qui sont le reflet des « catégories juridiques »[1261]. Il s'agit donc désormais de jongler avec la langue du droit. La doctrine, lorsqu'elle définit les concepts juridiques, donne aux praticiens les moyens de « qualifier » juridiquement des faits comme nous l'avons dit, et ce dans le but de les faire entrer dans des catégories juridiques[1262]. Donc de la précision des définitions et de la subtilité des concepts dépendent la stabilité des catégories juridiques. Or la stabilité des catégories juridiques se traduit par un accroissement de la sécurité juridique ; car tous les cas d'espèce doivent entrer dans une catégorie, une seule catégorie mais forcément une catégorie et ainsi il est possible de déterminer le régime applicable, que l'on trouve dans les théories générales. Bref, selon une conception largement dominante, les catégories juridiques participent à la cohérence globale du système, elles rendent possible la pratique du droit[1263]. C'est pour cela que de nombreux juristes défendent avec vigueur ce « *conceptualisme dans la méthode juridique* »[1264]. Tous les efforts sont tournés vers la cohérence, l'ordonnancement d'éléments épars au sein d'un ensemble ; en définissant et en conceptualisant, la doctrine se met au service de la cohérence du système.

443. - Les théories générales et les principes. Grâce à la langue du droit, aux concepts juridiques et aux catégories, la doctrine va pouvoir forger des théories générales et dégager des grands principes. Telle est la condition pour édifier un système solide. En construisant des théories générales, la doctrine va « *rationaliser l'outillage de concepts dont se sert le droit, à fixer abstraitement la signification de ses notions courantes (ex. contrat,*

[1261] *Cf.* J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.,* n° 180 : « *Le droit ne peut consister en une simple juxtaposition de règles disparates.* ***Faute de pouvoir en rattacher les divers éléments à un ensemble cohérent, il comporterait inévitablement de telles contradictions qu'il serait incompréhensible et que toute réforme satisfaisante en serait impossible*** ». Le propos souligner paraît clairement donner crédit à notre thèse ! En effet, l'auteur montre bien le devoir qu'a la doctrine de rationnaliser le droit pour éviter les contradictions (ou une tension pourrait on dire !). En somme, un droit des contrats qui prônerait dans le même temps l'engagement et le désengagement serait un droit INCOMPREHENSIBLE.

[1262] V. M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit, op. cit.,* p. 41 : « *La qualification est une opération essentielle du raisonnement juridique. Elle consiste à faire entrer un fait ou un ensemble de faits dans une catégorie juridique préexistante afin de déclencher l'application du régime juridique opportun* »

[1263] C'est ce qui ressort des propos de M. Waline lorsqu'il écrit que : « *que fait nécessairement l'avocat, le consultant ou le juge ? Il cherche à caractériser, à qualifier juridiquement une situation, de façon à la faire entrer dans une catégorie juridique. C'est cela que semble condamner M. Chenot, et c'est une telle condamnation qui est proprement incompréhensible, venant d'un juriste aussi consommé que lui. Car on ne voit guère comment il pourrait être autrement procédé* », V. *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, loc. cit.,* p. 363 ; comp. J.-L. Bergel, *précit.*

[1264] *Cf. ibid.*

convention, faute, risque) »[1265]. Car les théories générales sont bien le produit de l'activité des auteurs ; c'est en tous cas le point de vue que défendait monsieur E. Savaux dans sa thèse : « *Elle* (la théorie générale du contrat) *apparaît cependant dans tous les cas comme une activité purement doctrinale, un effort de pénétration de l'essence du phénomène juridique, indépendamment des particularités liées aux diverses branches du droit ou aux différents systèmes juridiques (…) Une théorie générale apparaît donc comme une recherche d'essence sous l'accident, d'unité sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas. Elle est dans la pensée relative au Droit, non dans le Droit* »[1266]. Pour ce qui nous concerne, nous avons travaillé la théorie générale du contrat, en essayant de montrer qu'elle fonctionnait selon une logique de l'engagement. Et nous l'avons dit, il est toujours question dans une théorie générale d'élaborer un modèle abstrait, d'en déterminer le contenu et d'en délimiter les contours. L'idée est toujours la même : ramener la multitude à l'unité, « *faire d'un magma confus une source claire* »[1267]. La théorie générale va esquisser LE contrat, LA convention, LA propriété, etc. en dégageant les traits spécifiques, caractéristiques, de telle ou telle institution[1268]. En d'autres termes, et pour reprendre un vocabulaire que nous avons déjà rencontré, la théorie générale prétend donner à voir des choses en soi, des essences. En conséquence, les théories générales vont occuper au sein du système un rôle tout à fait crucial ; c'est toujours par leur étude qu'il faut commencer, dans la mesure où elles « *fournissent les instruments, les notions-outils* ***indispensable pour pénétrer plus tard dans les institutions concrètes (du droit civil et du droit)*** »[1269]. Les théories générales cimentent l'ensemble du système ; elles créent une véritable matrice, au travers de laquelle on regarde le droit. Les juristes ne voient ce dernier qu'au prisme des

[1265] Les mots sont empruntés au doyen Carbonnier, V. *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 23.

[1266] *Cf.* E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, op. cit.,* p. 9.

[1267] *Cf.* J. Carbonnier, « Préface » *in Prospective du droit économique, Dialogues avec Miche Jeantin, (Mélanges dédiés à M. Jeantin),* Dalloz, 1999, p. XX. V. également les développements de messieurs Jestaz et Jamin consacrés à « *la confection de théories générales* », *La doctrine, op. cit.,* p. 231 : « *Qu'est-ce alors qu'une théorie juridique ou générale ? En substance, un ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures* » ; comp. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.,* n° 59 : « *Dans cette perspective, les théories doctrinales surgissent pour clarifier et enrichir les notions et les règles légales et prétoriennes existantes ou préparer des réformes et des évolutions* » ; V. enfin G.-G. Granger, *La raison,* PUF, 8ème éd. « Que sais-je », 1984, p. 81 : « *Expliquer, c'est montrer l'existence du liaisons constantes entre certains faits, et en déduire que les phénomènes étudiés en dérivent. C'est la méthode du physicien, qui réduit un ensemble compliqué d'apparences à un système relativement simple de relations, constituant un schéma du phénomène* ».

[1268] Rappr. les propos de J. Rivero, *supra,* note.

[1269] C'est ainsi que monsieur J. Carbonnier termine l'introduction de son magistral traité.

théories générales. C'est à partir de tous ces matériaux (concepts, théories générales et principes) que la doctrine va forger un système rationnel.

B. L'œuvre du dogmaticien

444. - Une œuvre rationnelle et systématisée. Les juristes ont à un moment prétendu à la scientificité, nous l'avons vu[1270]. Cette scientificité se traduit par ce qui suit : à partir des éléments évoqués ci-dessus, les auteurs vont organiser de manière rationnelle la connaissance des phénomènes juridiques, la mettre en système[1271]. Cette idée de système fait depuis bien longtemps l'objet de savantes réflexions, songeons par exemple à celle de Kant qui soutenait déjà que « *l'unité rationnelle est l'unité du système* »[1272]. Par surcroît, cette idée est particulièrement séduisante. En effet, en tant qu' « *ensemble d'éléments (...) qui dépendent réciproquement les uns des autres de manière à former un tout organisé* »[1273], l'idée rassure. Cela parce que l'on peut prévoir ce qui est cohérent, et donc, prévisible. Et disons le, la prévisibilité du droit relève de l'ordre du besoin, ce que l'on appelle aussi la « sécurité juridique ». Nous retrouvons ainsi les traits d'une science, qui est rationnelle et jamais arbitraire. Les solutions de droit doivent être prévisibles et pour être prévisibles, le droit doit être ordonné en un système cohérent et logique dans lequel tous les cas d'espèce pourront être résolus par l'application d'un régime juridique, lequel découlera d'une qualification juridique des faits. Il est donc tout à fait juste de soutenir que l'idée de système est séduisante. Le désordre et le chaos font peur si bien qu' « ***il faut*** *classer, rassembler, compléter ou éventuellement éliminer, bref, mettre en ordre, imprimer aux dispositions*

[1270] V. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, précit.* : « *Ce renouvellement de la doctrine au 20ème siècle, outre le contexte politique, social, économique et juridique dans lequel il s'inscrit, exprime une transformation profonde des aspirations et du style de la doctrine qui devient plus universitaire, plus scientifique et plus pédagogique parce qu'elle émane désormais souvent d'un nouveau type de professeurs, recrutés à partir de 1855, en France, par la voie d'un concours d'agrégation national. (...) C'est ce « droit de professeurs » qui influence encore le modèle français de la doctrine juridique, que ses auteurs soient des universitaires ou des praticiens* ». Soulignons que l'auteur, qui par ailleurs rejette l'idée selon laquelle il existe une entité doctrinale, semble ici donner des arguments en faveur de la proposition de messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin.

[1271] En ce sens F. Terré, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 199 : « *Sans la doctrine, le droit ne serait qu'un amas de règles et de décisions qui constituerait souvent un fouillis inextricable. Cette mise en ordre relève, en elle-même, de la recherche scientifique, ce que, dans l'opinion des autres communautés scientifiques, on aurait parfois tendance à oublier* ».

[1272] *Cf.* E. Kant, *Critique de la raison pure,* trad. J. Barni, Garnier-Flammarion, 2ème partie, 2ème division, « *Appendice à la dialectique transcendantale* ».

[1273] *Cf.* A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.,* V°.

particulières l'unité d'un système »[1274]. L'emploie du verbe « falloir » indique clairement un impératif, une nécessité et on prend toute la mesure de l'attachement des civilistes à la systématisation.

445. - Attachement des civilistes à la systématisation. Il a été question dans la première partie de montrer que le droit civil était un projet de « civilisation »[1275]. Par les institutions du droit civil, on a voulu « *éduquer un animal capable de promettre* »[1276]. Or comme nous venons de le dire, la systématisation va de paire avec l'ordre, la prévisibilité et donc elle favoriserait la sécurité juridique. Voilà qui explique l'engouement des auteurs pour la systématisation. Voyez par exemple cet article rédigé au tout début des années 1950 par monsieur J. Rivero et intitulé « *Apologie pour les « faiseurs de systèmes »* »[1277]. L'auteur rappelle tous les arguments qui devraient inciter les juristes[1278] à se joindre au grand projet de systématisation du droit : « *Dans une discipline touffue, (...) qui, pourtant, devait être rendue accessible au commun des citoyens (...) l'effort de systématiser le chaos des espèces, répondait à une nécessité* »[1279]. Monsieur Rivero, pourtant bien conscient des contre-arguments que les détracteurs de l'idée de système lui avançaient en son temps[1280], demeure

---

[1274] V. J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 23. Rappr. les mots de P. Deumier, *Introduction générale au droit, op. cit.,* n° 384 : « *elle (la doctrine) tente, par l'analyse et la synthèse de maintenir une cohérence d'ensemble aux diverses solutions ponctuelles* » ; également Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.,* n° 218 : « *D'une part, la doctrine joue un rôle essentiel dans l'organisation du droit positif. En effet, à défaut de doctrine, le droit ne serait qu'une infinité de textes, lois ou règlements, intégrés ou non dans des codes, et une infinité de décisions de jurisprudence et de pratiques diverses ; autant dire un fatras bien souvent dépourvu de cohérence et d'accès particulièrement difficile, non seulement pour les étudiants, mais aussi pour les praticiens du droit, avocats, magistrats, juristes d'entreprises, etc. (...) C'est ainsi que la doctrine établit des théories générales, censées expliquer par exemple le sens de la jurisprudence ou de la loi* ».

[1275] V. *supra,* n° 227. -

[1276] Pour une brève présentation de l'analyse Nietzschéenne, V. *supra,* n° 238. - .

[1277] *Cf. D.* 1951, 26ème cah., chron. Précisons que si l'auteur parle du droit administratif, le raisonnement s'applique parfaitement au droit privé et ce sont exactement les mêmes arguments qui sont avancés.

[1278] Et beaucoup de juristes se sont joint à la position de monsieur J. Rivero, comme par exemple monsieur M. Waline, V. *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, in* Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, T. I, éd. Bruylant, Sirey, 1963, p. 359 et s. V. en particulier p. 362 : « *Résumer une telle chronique serait impossible : elle serait à citer tout entière ; et d'ailleurs, tout le monde l'a lue. Dans une forme extrêmement courtoise, M. Rivero a parfaitement mis en valeur la plupart des objections qui peuvent être opposées à ce parti pris de mépriser les concepts et les catégories pour la solution des problèmes juridiques* ».

[1279] V. J. Rivero, *ibid.* Cette idée de « nécessité » de systématiser de se retrouve toujours. V. M. Waline, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, loc. cit.,* p. 363 : « *on ne voit guère comment il pourrait être autrement procédé* ».

[1280] C'est que cet article est une réponse aux conclusions de M. Chenot dans l'affaire *Gicquel* ; affaire où il eu l'occasion de prononcer cette phrase » *qui devait déchaîner la tempête* » comme le disait M. Waline (*précit,* p. 361) : « *Certains auront sans doute la nostalgie d'une notion « institutionnelle » et a priori du service public,*

convaincu de la nécessité d'une telle entreprise ; et c'est évidemment la sécurité juridique qui va être invoquée par l'auteur au soutien de son argumentaire : « *C'est que le droit – **on s'excuse de rappeler ces évidences, après celles qui précèdent –** a, dans la vie sociale, une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. L'individu ne se sent protégé par le Droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se place. (…) L'homme a besoin de connaître la règle ; il ne peut d'ailleurs, la respecter qu'à ce prix. Ceci implique une certaine précision, et une certaine permanence* »[1281]. Il soutient quelques lignes plus loin que « *la stabilité des catégories, c'est la possibilité, pour l'homme, de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes, donc d'entreprendre dans l'ordre, et d'exercer une liberté qui n'existe plus dès que celui qui prétend en user ignore les conséquences du geste qu'il pose* »[1282]. Et les propos frôlent parfois le terrifiant, en particulier lorsque l'on nous explique que « *le juriste **est condamné** à l'abstraction ; le juge ne peut se refuser à considérer « la chose en soi », car c'est à elle qu'il lui faut référer, pour en déterminer le statut juridique, la multiplicité des situations que lui propose la vie. Il demeure, même contre son gré, un « un faiseur de système »* »[1283]. Le lecteur l'aura très certainement compris : nous ne partageons pas cette vision. Si séduisante soit-elle, nous sentons ce « *manque de probité* ». Encore une fois, il n'est pas possible de ne pas voir les références à la pensée Kantienne lorsque qu'il est question de « chose en soi ». Mais nous

---

qui assurait à la fois la tranquillité des professeurs et la stabilité des catégories juridiques… La jurisprudence… s'est attachée aux réalités concrètes, en écartant toute querelle théorique sur l'essence des institutions, pour définir seulement les actes qui manifestent l'existence sociale de celles-ci. C'est dans cette perspective que la jurisprudence du service public fait écho à certains termes de la philosophie d'aujourd'hui… ». Mais revenons en aux objections formulées contre les « faiseurs de systèmes ». Monsieur Rivero va rappeler ces objections afin de pouvoir par la suite les discuter, en vue de les rejeter : « *Tenter de définir le contrat administratif, ou le service public, ce serait perdre de vue la réalité, qui ne connaît que des contrats administratifs, des services publics, des situations concrètes, toutes différentes ; ce serait s'efforcer d'atteindre à un monde de formes existant en soi, se mouvoir dans un univers d'Idées et de Notions sans rapport avec l'univers où l'homme vit et agit ; ce serait opter pour l'essence, contre l'existence. O, « le juge est ennemi de la chose en soi. Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herbier » ; ainsi peut-il « suivre l'évolution des faits économiques et sociaux », et demeurer fidèle « aux réalités concrètes ». Dès lors, l'effort de la Doctrine pour synthétiser les solutions qu'il donne dans chaque cas est vain, et quelque peu dérisoire* », *cf. ibid.,* p. 100.

[1281] C'est donc comme nous l'avons dit la peur du désordre et de l'imprévisible qui pousse les juristes à faire des systèmes les plus cohérents et les plus rationnels possibles.

[1282] V. J. Rivero, *ibid.,* p. 101. Monsieur M. Waline raisonne en des termes proches lorsqu'il écrit : « *il me paraît incontestable que la finalité du Droit n'est pas exclusivement d'assurer la Justice entre les hommes, mais aussi d'apporter de la sécurité dans les rapports sociaux. C'est même seulement par ce dernier objectif que peut se justifier l'idée même d'une règle de droit prescrivant qu'une solution uniforme soit apportée à des cas d'espèce toujours plus ou moins différents les uns des autres par quelque circonstance, ou simplement par la personnalité de l'une ou de l'autre des parties intéressées* », *cf. loc. cit.,* p. 364.

[1283] *Cf. ibid.,* p. 102.

ne pouvons pas nous empêcher de nous remémorer les alertes Nietzschéennes à l'égard des faiseurs de système[1284].

446. - Les supports de cette œuvre rationalisée. Le discours doctrinal est d'abord transmis à l'oral par les professeurs dans les amphithéâtres[1285]. Mais comme *verba volant, scripta manent,* nous nous concentrerons sur les écrits doctrinaux[1286], soit dit en passant de plus en plus nombreux[1287]. Et en particulier, revenons sur les ouvrages qui décrivent des systèmes juridiques, soit les traités et les manuels, qui reflètent le mieux le souci de cohérence dans la présentation du droit en système. Ils témoignent par ailleurs de l' « unité doctrinale ». Les auteurs, parce qu'ils font tous de la dogmatique juridique, forgent un discours uniforme sur le droit. Prenons l'exemple du droit des contrats : force est de constater une grande proximité dans les différentes présentation de la matière. Peu importe où on fait du droit, pourvu qu'on soit en France, la présentation du droit des contrats se fera en des termes assez proches, puisque qu'elle vient de La doctrine. Si le lecteur se reporte à la présentation du discours doctrinal sur le droit civil des contrats[1288], il se rendra compte sans aucun problème de cette proximité. Cela ne veut pas dire que tous les auteurs disent la même chose, loin s'en faut[1289]. Il existe toujours des controverses[1290] sur l'interprétation d'une norme ou sur le sens à

[1284] Nous allons y revenir, V. *infra,* n° 457. -

[1285] Il ne faudrait d'ailleurs pas sous-estimer la force des paroles !

[1286] Soit dit en passant, un auteur se positionne au sein du débat sur le concept de doctrine à l'aide justement de la notion d' « écrit doctrinal » : « *En définitive, la doctrine juridique ne se définit pas ratione personae comme un corps, une entité ou une communauté, mais avant tout ratione materiae par la notion d'écrit doctrinal. Seule une approche matérielle permet d'échapper au grief logique encouru par une définition de type organique ou communautaire : en fermant la porte du « champ doctrinal » à ceux qui ne remplissent pas les conditions d'admission édictées par les admis eux-mêmes, une telle définition ne peut convaincre au- delà du cercle de ses artisans et partisans, membres auto-proclamés de la Doctrine. La thèse de MM. Jestaz et Jamin illustre à cet égard le phénomène d'auto-légitimation du groupe, étudié de longue date en psychologie sociale. La réside d'ailleurs sa richesse. (...) Mais il est légitime de préférer une définition plus objective et plus œcuménique* », *cf.* P. Morvan, *La notion de doctrine, loc. cit.,* n° 9 ; rappr. aussi les développements de J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.,* n° 59 : « *Au-delà de la diversité des genres littéraires utilisés, des opinions émises, des tendances et de l'autorité des auteurs, on peut définir la doctrine comme « une opinion écrite et scientifique qui fait autorité* ».

[1287] *Cf.* Ph. Jestaz, *Le déclin de la doctrine ?,* Droits – 20, 1994, p. 86 : « *En quantité, elle (la production doctrinale) ne fait que croître (...) Il en va de même des supports : chacun peut constater le multiplication des revues, des collections et tout simplement des éditeurs s'intéressant au droit* ».

[1288] V. *supra,* n° 317. - et s.

[1289] V. à cet égard les remarquent de messieurs Jestaz et Jamin : « *L'homogénéité de la doctrine ne signifie évidemment pas que les auteurs se comporteraient comme des moutons de Panurges ! Ils offrent au contraire une assez grande diversité. De style d'abord, bien que celle-ci – on y reviendra – apparaisse surtout dans les articles d'un genre libre et beaucoup moins dans la rédaction d'un traité ou d'un répertoire. Diversité de ton ensuite (...) Diversité de culture aussi (...) Enfin et surtout il faut souligner, bien entendu, la diversité des opinions (...)* », *cf. La doctrine, op. cit.,* p. 174 ; dans le même sens V. G. Goubeaux, *Il était une fois… la*

donner à une jurisprudence, mais c'est toujours dans les mêmes termes, avec les mêmes outils que l'on raisonne. Mais au final, le fait de trouver dans les manuels et les traités des discours très proches donne beaucoup de poids à ce même discours, le savoir de la doctrine est dans le même temps son pouvoir. Ainsi, la présentation d'un droit réduit en un système cohérent serait particulièrement favorable à la pédagogie. Nous retrouvons d'ailleurs ce souci de cohérence dans tous les ouvrages, et pas seulement ceux portant sur le droit civil.

447. - Une manière de faire du droit « à la française ». Ce grand souci de systématisation caractérise la doctrine civiliste française. Plus qu'une matière, faire du droit civil semble être un « état d'esprit », une manière de faire du droit. La doctrine s'est donnée pour tâche de rationaliser le « *magma confus* » qu'est le phénomène juridique pour en faire une « *source claire* », accessible à tous[1291]. Le droit sera ainsi à portée des praticiens qui pourront accéder à une synthèse des grands problèmes juridiques et des règles applicables pour résoudre lesdits problèmes[1292]. Mais l'effet produit est le suivant : tout le discours doctrinal gravite autour des concepts, des catégories et des théories générales et rend prisonnier le juriste de ces concepts, catégories et théories générales ; comme s'il ne pouvait pas (ou plus) penser le droit en dehors d'elles[1293]. Voilà donc le premier « masque » de la

---

Doctrine, loc. cit., n° 6 : « *Tout cela pour dire simplement que la diversité est inhérente à la doctrine. Même là où existe un large consensus, il y a toujours place pour des opinions dissidentes. (...) Chaque auteur est libre de son opinion et l'idée même d'une pensée unique et officielle n'effleure personne* » et n° 7 : « *La liberté de pensée, l'indépendance d'esprit individuelles sont hautement revendiquées et exercées sans contraintes. Cela n'empêche pas l'appartenance à une communauté scientifique* » ; encore Ph. Jestaz, *Le déclin de la doctrine ?,* Droits – 20, 1994, p. 91 : « *Bien entendu la controverse existe toujours : il en ira ainsi, par nature même, tant qu'il y aura des juristes. Mais elle revêt un tour plus technique* ».

[1290] Et la question de la nature du désengagement est un exemple très significatif des controverses doctrinales. Pour une réflexion plus globale sur la question, V. la stimulante étude de C. Atias intitulée *La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé, R.R.J.,* 1983-2, p. 427 et s., étude que nous avons déjà mobilisée dans le cadre de nos démonstrations. De manière plus radiale encore, V. J.-D. Bredin, *Remarques sur la doctrine,* hommage à Pierre Hébraud, où l'auteur défend l'idée d'une « autodestruction » de la doctrine.

[1291] Nous retrouvons ainsi la mission de compréhension assignée à la doctrine. Reprenez par exemple les mots de Ph. Jestaz, *Le déclin de la doctrine ?,* Droits – 20, 1994, p. 89 : « *Il appartient à la doctrine de comprendre et faire comprendre (au sens courant du terme) les textes, décisions et concepts. Mais aussi de comprendre au sens étymologique (cum-pre-hendere : rassembler, englober), c'est-à-dire structurer l'univers juridique en lui donnant une cohérence logique* ».

[1292] Rappr. les mots de G. Goubeaux, *IL était une fois la doctrine, loc. cit.,* n° 8 : « *Les juristes sont familiers de leur méthode mêlant un peu de morale et beaucoup de logique, qui leur permet de rechercher des solutions justes (...) et de les ordonner de façon rationnelle, de telle manière que le catalogue soit pratiquement utilisable* ».

[1293] C'est ce que remarque bien monsieur S. Pimont dans son article *Critiques des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français, loc. cit.,* p. 137 : « *lorsque la doctrine civiliste française exerce son activité principale (la dogmatique), elle applique certains principes (explicites ou pas) qui structurent et, corrélativement, limitent son discours* ».

dogmatique, le masque du « faiseur de système ». Mais le droit positif ne fait pas seulement l'objet d'une systématisation ; la doctrine, dans le cadre de la dogmatique, se donne également pour tâche de l'interpréter.

448. - Utilité du système. La doctrine qualifie des faits pour les classer dans des catégories juridiques comme le ferait un collectionneur avec « *son herbier* »[1294]. Pourquoi les juristes qualifient, classent sans cesse les faits qui leurs sont donnés à voir ? N'y aurait-il là que des prétentions spéculatives, qu'une unique volonté de la connaissance pour la connaissance « en soi » ? Évidemment non ! En tous cas, la doctrine s'affirme comme étant au service d'intérêts pratiques : il s'agit de déterminer le régime juridique applicable en vertu de cette équation familière aux juristes : notion = régime ! C'est d'ailleurs un argument avancé par les défenseurs des faiseurs de systèmes : « *Cela étant, rechercher dans quelle catégorie entre un fait (...), ce n'est nullement, comme l'écrit M. Chenot, en classer les diverses variétés dans un herbier par une curiosité de collectionneur ; c'est simplement chercher à déterminer la règle de droit applicable* »[1295]. Il en va de même lorsque l'on s'interroge sur la nature juridique d'une institution puisqu'un rapprochement de deux institutions par leur nature permettra dans le même temps de rapprocher leur régime[1296]. En somme, le travail de systématisation est nécessaire en vue d'appliquer des règles juridiques, de tirer des conséquences juridiques. Par surcroît, ces conséquences juridiques seront le produit d'un travail rationnel, « scientifique » et donc elles ne seront pas arbitraires mais au contraire, prévisibles. Toutefois, et comme l'avait parfaitement formulé le doyen Carbonnier : « *L'application d'une règle de droit, sauf simplicité exceptionnelle, suppose une interprétation préalable, un intermédiaire entre la règle et les faits* » et la doctrine doit ainsi

[1294] Le lecteur se remémorera utilement ici les conclusions de M. Chenot dans l'affaire *Gicquel* et qui expliquait que « *le juge est ennemi de la « chose en soi ». Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herbier* ».

[1295] *Cf.* M. Waline, V. *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, loc. cit.,* p. 366.

[1296] V. les propos de J. Carbonnier, *cf. Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 23 : « *Il faut observer que la classification ou qualification a dans le droit un intérêt qu'elle n'a pas ailleurs (ex. en botanique ou en zoologie) : un intérêt pratique, et non pas seulement scientifique. Le rapprochement établi entre deux institutions par la communauté de leur nature juridique nous autorisera à puiser dans la réglementation de l'une pour compléter celle de l'autre* »

« *assurer la transposition nécessaire de l'abstrait au concret* »[1297]. Il s'agit donc de donner du sens au système, en vue de dégager des solutions pratiques aux litiges.

449. - Interprétation et objectivité scientifique. Ne peut on pas voir ici un danger pour la sécurité juridique ? L'interprétation n'est elle pas indéfectiblement liée à la subjectivité ? En d'autres termes, comment admettre la scientificité d'une telle méthode ? Quoiqu'il en soit, la doctrine se défend de toute partialité ! Car l'interprétation juridique se fait logiquement, selon certaines méthodes. Il est en conséquence légitime de parler de « science » de l'herméneutique ; l'interprétation juridique procède de la logique et non de la magie, elle est une science et pas une intention. On distingue en conséquence diverses méthodes : la méthode exégétique, la méthode téléologique, la méthode historique, encore la méthode structuraliste et enfin la libre recherche scientifique. Sans revenir sur les spécificités propres à chaque méthode, il suffit pour les besoins de la démonstration de noter que l'interprétation permet de passer d'un système abstrait à un cas concret et que donc la doctrine est contrainte à l'interprétation du système.

450. - En somme. Finalement, nous comprenons ce qui permet de parler de La doctrine. La dogmatique est sa méthode, elle est ce que partagent ceux qui composent l'entité doctrinale[1298]. Les membres de la doctrine parlent la même langue, ce qui est suffisant pour les rapprochés mais pas pour en faire un corps homogène et les distinguer du juge ou de l'avocat. Le fait qu'ils aient également en commun une grande maitrise des concepts, une fine connaissance des théories générales et du système juridique les rapproche un peu plus mais ne permet toujours pas de faire la différence avec d'autres juristes, avocats ou magistrats par exemple. Non, ce qui fait que la doctrine est un corps homogène, c'est que tous les auteurs qui la composent sont des « *faiseurs de systèmes* », qu'ils participent à l'élaboration du système en appliquant la méthode dogmatique[1299]. Dès lors, nous pensons que la thèse d'une entité

[1297] *Cf. ibid.,* n° 24 pour les deux citations.

[1298] Rappr. les propos de G. Goubeaux, *Il était une fois la doctrine, loc. cit.,* n° 8 : « *Quoiqu'il en soit, c'est un fait que la doctrine française est très peu marquée par les sciences sociales et pratique presque exclusivement sa propre méthode dogmatique* ».

[1299] D'où l'expression « apporter sa pierre à l'édifice ». Par la dogmatique, on construit, on est un bâtisseur de cathédrales.

doctrinale, caractérisée par un fort degré d'unité et d'homogénéité[1300], est non seulement fondée, mais encore très pertinente. Les dogmaticiens travaillent avec les mêmes outils et produisent des œuvres similaires, c'est ce trait qui les réunit. Or c'est parce que la doctrine applique uniquement cette méthode pour analyser le désengagement contractuel qu'elle occulte la tension que nous avons mise en lumière dans la première partie. Cette occultation apparaît même comme une conséquence inéluctable de cette activité. Telle est l'hypothèse que nous avons posée, telle est l'hypothèse que nous allons vérifier.

§ 2. L'occultation d'une tension au sein du droit des contrats : un effet inéluctable de cette activité

451. - Une analyse dogmatique du désengagement contractuel. Tous les travaux doctrinaux auxquels nous avons été confrontés proposent une analyse dogmatique du désengagement contractuel. Tous les travaux sur lesquels nous nous sommes penchés utilisent habilement la langue du droit, les concepts juridiques et les théories générales. Tous ces travaux visent à préserver la cohérence du système, à expliquer logiquement et rationnellement le régime des droits de rétractation en les rattachant à la théorie générale du contrat ou en faisant du désengagement un phénomène marginal. La doctrine peaufine le système. Nous pensons que l'occultation tient bel et bien à la méthode utilisée par la doctrine pour rendre compte du désengagement : parce qu'elle analyse ce dernier dogmatiquement, elle ne peut pas rendre compte de la tension qui s'établit entre l'engagement et le désengagement contractuel. La doctrine ne saurait présenter un droit des contrats qui prônerait dans le même temps l'engagement et le désengagement, cela nuirait à la rationalité du paradigme dans son ensemble. Le système civiliste, fondé sur l'idée d'engagement, ne peut pas cohabiter avec un droit du désengagement ; il ne peut pas y avoir, au sein d'un même système, deux principes contradictoires de mêmes rangs. Voilà pourquoi la doctrine a non pas intérêt mais le devoir de résoudre la tension que nous avons mise en lumière. Monsieur Ph. Jestaz a pu écrire que « *L'art du juriste consiste à classer les solutions, à emboîter les propositions, à dégager la règle et l'exception, le principe et son corollaire, à trouver des*

[1300] Rappelons en ce sens les propos de messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.,* p. 174 : « *cette homogénéité tient au fait qu'aujourd'hui les auteurs qui traitent du droit positif utilisent tous la méthode dogmatique* ».

critères, etc. ***Et surtout résoudre les inévitables contradictions du système, soit en assignant à deux propositions contradictoires des domaines d'application judicieusement séparés, soit en neutralisant l'une d'elles*** »[1301]. N'est-ce pas précisément ce que nous avons observé en matière de désengagement ? Pour préserver la cohérence du système, soit la doctrine repousse le désengagement en marge et en fait un mécanisme de droit spécial (qui ne remet pas en cause le principe, le général), soit elle tente de l'intégrer en niant l'idée de désengagement, lequel serait déjà contenu dans des concepts du droit civil (la condition, le terme, la cause, etc.). Ainsi, c'est cette volonté de science à tout prix qui semble en partie expliquer l'occultation par la doctrine d'une tension au sein du droit des contrats. Le lecteur reprendra à bon escient la suite des propos ci-dessus rapportés : « *La science, dit-on, est une langue bien faite. Mais toute technique s'apparente à une langue de bois, car les mots savants édulcorent la brutalité des choses ; ainsi le langage du droit masque les enjeux réels. (...) La technique du droit occulte aussi la réalité du pouvoir* »[1302]. Ces mots donnent du crédit à notre position. La doctrine, au nom d'un système rationnel et cohérent, et grâce à la mise en œuvre d'une technique très affinée, la dogmatique, a le pouvoir d'éclipser le phénomène du désengagement. En conséquence, il apparaît que la doctrine, en systématisant et en rationalisant, occulte et transforme la réalité[1303].

452. - Ubiquité de la dogmatique juridique, dépassement de l'opposition entre le droit civil et le droit de la consommation. L'idée selon laquelle la doctrine occulte une tension au sein du droit des contrats s'explique également par ce qui suit : on nous explique qu'il faut distinguer le droit civil et le droit de la consommation, en somme un droit général et un droit spécial car chacun connaît une sphère d'application particulière et vise des objectifs particuliers. Autrement dit les juristes ont organisés les matières de manière rationnelle. Mais

[1301] Ph. Jestaz, *Le droit, op. cit.,* p. 101. La suite du propos est intéressante : « *Grâce à quoi le système juridique évoque un véritable réseau électronique ou, diront ses détracteurs, un gigantesque filet plus ou moins rapetassé. Car la fameuse rationalité française tient autant du mythe que de la réalité. Il est certes vrai que nous avons, plus que d'autres, le goût des constructions rationnelles. Mais on trouvera pour le moins contestable cette double idée qu'il existe une raison absolue et que la France la détienne !* ».

[1302] *Ibid.,* p. 104.

[1303] Rappr. *ibid.* p. 103. Alors qu'il s'intéresse aux effets de la technique juridique, l'auteur soutient qu' « *au triptyque des effets souhaitables (structuration, rationalisation, adaptation) correspond trait pour trait celui des effets pervers : déformation, occultation, rigidité* ». Nous nous inspirons encore une fois largement de sa pensée. V. aussi A. Sériaux, *La notion de doctrine, loc. cit.,* p. 70 : « *une science n'est jamais purement descriptive. Affirmer le contraire serait se leurrer soi-même et surtout induire en erreur auditeurs ou lecteurs en leur inculquant, sous prétexte de science, toute une série de postulats dogmatiquement énoncés ou, pire encore, totalement implicites : ces non-dits du droit, qui reposent la plupart du temps sur de véritables tabous mentaux, ne peuvent aboutir qu'à de graves déformations intellectuelles* ».

la dogmatique ne permet-elle pas de faire le lien entre les différentes disciplines autant que celui qui unit les auteurs ? En effet, nous concédons volontiers que les matières peuvent avoir des objets différents et des domaines propres. Mais toutes ces matières se pratiquent de la même manière si bien que l'on peut dire que la logique dogmatique, à l'origine issue du droit civil, s'est déployée partout[1304]. Donc la doctrine fait du droit de la consommation comme elle fait du droit civil : elle fait l'exégèse des textes, mobilise des concepts civilistes pour les comprendre, elle analyse la jurisprudence, afin de dégager des « grands » principes et *in fine* de participer à la construction du système. Pour le dire autrement, la dogmatique juridique est devenue la méthode du juriste, peu importe la matière. Les juristes français, portant le poids de la tradition civiliste héritée de l'école scientifique, se donnent toujours pour tâche dans leurs travaux de présenter les matières sous la forme de système, de chercher la cohérence globale de celles-ci. Nous avons pu nous en rendre compte lors de l'étude du droit de la consommation, où l'ambition est toujours de présenter un système global et cohérent[1305]. Donc les juristes font du droit de la consommation comme ils font du droit civil ; ils recherchent l'essence des matières, les grands principes qui l'innervent, et le tout sous la forme d'un système global. De sorte que l'on peut légitimement penser que le droit civil a pénétré toutes les branches du droit, le souci de cohérence du système se retrouve partout[1306]. Par surcroît, le droit civil exerce sur les autres matières une force d'attraction considérable : les juristes doivent également travailler la cohérence entre le droit civil et les droits dits « spéciaux »[1307]. Nous voyons ainsi au travers de cette entreprise de systématisation une

[1304] V. toutefois les propos de P. Morvan en sens contraire, *La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin), loc. cit.,* n° 3 : « *D'une manière générale, la fine analyse de MM. Jestaz et Jamin présente l'inconvénient de ne point se vérifier dans des disciplines majeures qui se trouvent largement « aux mains » des praticiens et dont les universitaires se désintéressent ou dont ils ignorent la réalité quotidienne. Tout un droit vivant – pourtant assoiffé de mise en ordre « dogmatique » - demeure ainsi en jachère dans les amphithéâtres* ». Mais l'auteur reconnaît tout de même qu' « *il serait néanmoins présomptueux et faux d'en conclure qu'il n'existe à cet endroit aucune doctrine digne de ce nom. LE constat s'applique à des branches du droit récentes* ». Ces derniers mots semblent confirmer notre propos.

[1305] Et c'est la protection des consommateurs qui constitue la clef de voute du droit de la consommation pour les juristes français, comme nous avons pu l'observer..

[1306] C'est ce qui ressort des travaux de messieurs Jestaz et Jamin, dans *La doctrine* : « *Même au cas où un secteur du droit a été relativement ordonné par un code ou par de grandes lois, les textes se présentent matériellement comme une collection de solutions qui ne procèdent pas d'une logique évidente et unique. Il appartient donc à la doctrine de trouver les fils conducteurs, ceux du législateur ou ceux qu'elle imagine. De proche en proche, cette démarche l'amène à constituer des matières en tant qu'objets intellectuels, pour se donner la possibilité d'en faire l'étude globale* », *cf. op. cit.,* p. 218-219.

[1307] Nous en revenons ainsi à la remarque du doyen Carbonnier qui écrivait qu' « *il est d'usage qu'une introduction particulière du droit civil puisse valoir, de surcroît, comme introduction à l'étude générale du droit. C'est que le droit civil a dans sa vocation traditionnelle d'offrir des modèles aux autres disciplines juridiques. (...) il présente le plus haut degré d'achèvement et, si l'on veut, de perfection* », *cf. Droit civil, op. cit.,* Vol. I, n° 1.

volonté doctrinale de donner à voir le droit en tant qu'ensemble cohérent. Mais ce discours, parce qu'il est un discours rationnel, scientifique, participe à l'idée d'une vérité du droit.

453. - L'effet de vérité produit par le discours doctrinal. Ph. Jestaz a écrit que « *la doctrine a le droit d'être partisane, à condition de se donner pour telle et non pour porteuse de vérité scientifique* »[1308]. C'est pourtant ce quelle fait : à la neutralité inhérente à l'emploie du mot « science » s'ajoute inévitablement une prétention à la vérité, laquelle implique l'adhésion de l'auditeur [1309] . Pas étonnant que le terme « dogmatisme » signifie, « *primitivement, toute philosophie qui affirme certaines vérités* »[1310]. Pour résumer, disons que la doctrine utilise la méthode dogmatique qui est une méthode scientifique et dès lors, qui prétend découvrir le vrai[1311]. Les juristes semblent parfois vouloir faire du droit comme on fait de la physique et être en mesure de découvrir la vérité du droit comme on découvre les lois de la pesanteur. S'instituer « scientifique », c'est accroître un peu plus l'autorité de son discours, lui donner plus de force, et cela justement parce que l'idée de vérité est profondément arrimée à ce que l'on entend par « science ». Nous ne pourrions pas ne pas citer à cet égard les réflexions de monsieur S. Pimont qui a pu écrire que : « *Depuis que l'école*

[1308] *Cf.* Ph. Jestaz Ph., *Le déclin de la doctrine ?, loc. cit.,* p. 93. La suite du propos est également intéressante : « *Et elle ne manque à son devoir d'indépendance que lorsque la prise de position devient aveugle, s'empreint de sectarisme ou pis encore de servilité envers un quelconque dispensateur de bienfaits* ».

[1309] V. A. Sériaux, *La notion de doctrine juridique,* Droits, « Doctrine et recherche en droit », 1995, p. 66 : « *Les définitions générales de la doctrine que l'on trouve dans tout dictionnaire un tant soit peu sérieux sont ici unanimes. (…) Ces définitions ne sont évidemment pas neutres. Elles ont toutefois ceci d'objectif et d'incontestable qu'une doctrine a pour objet de dire ce qui est vrai. Or, toute vérité, quelle que soit la manière dont on l'affirme, s'adresse avant tout à l'intelligence de ses auditeurs ou de ses lecteurs. Ce qu'elle requiert, c'est l'adhésion* ».

[1310] *Cf.* A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* PUF, 1ère éd. « Quadrige » 2002, V°. Rappr., sur ce lien entre dogmatique et vérité, les développements de M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit, op. cit.,* p. 173 : « *Le dogme est ce qui se montre, mais ne se démontre pas : il ne s'agit pas d'une vérité absolue mais de quelque chose qui « tient lieu » de vérité, c'est-à-dire qui fait foi, et qui est donc admis sans démonstration* ».

[1311] Soit dit en passant, la doctrine justement pu signifier « dire le vrai » : « *Il y a deux sortes de méthodes ;* ***l'une pour découvrir la vérité****, qu'on appelle analyse… et qu'on peut aussi appeler méthode d'invention* ***; l'autre, pour la faire entendre aux autres quand on l'a trouvée, qu'on peut appeler aussi méthode de doctrine*** », *cf.* A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.,* V°, sens A. De manière bien plus significative encore, la doctrine est « *ce qu'on enseigne ; et, par généralisation,* ***ce qu'on affirme être vrai*** *en matière théologique, philosophique, ou scientifique* ***: ce terme impliquant toujours l'idée d'un corps de vérités*** *organisées, solidaires* », V. *ibid.,* sens B. Il est donc incontestable que le simple fait de prononcer le mot « doctrine » fait naître à l'intérieur de celui qui l'entend le sentiment qu'on lui dit ce qui est vrai ; cet aspect ressort très clairement des définitions ci-dessus rapportées. Et on retrouve cette dimension dans la définition de la dogmatique, qui on le rappelle constitue l'activité principale de la doctrine : « *toute philosophie qui affirme certaines vérités et s'oppose ainsi au scepticisme* », *cf. ibid.,* Précisons que la définition rapportée est celle de « *dogmatisme* », sachant que le terme « *dogmatique* » est quant à lui défini comme ce « *qui présente le caractère du dogmatisme* ». Ainsi donc, le discours doctrinal, issu de la dogmatique juridique, est un discours vrai, c'est bien ce qui ce dégage de ces précisions terminologiques.

dogmatique l'a emporté en droit privé français, à la première moitié du 20ème, les théories générales (…) ont la prétention de donner à voir la vérité du droit ; elles sont « positives » ; elles synthétisent, à l'aide d'une méthode pensée comme étant objective ou « scientifique », le droit positif, le plus souvent la jurisprudence, auquel elles empruntent sa juridicité »[1312]. En somme, la doctrine, en faisant de la dogmatique (autrement dit de la science) véhicule dans son discours l'idée qu'il existe une vérité[1313]. Avec le triomphe de l'école scientifique est consacrée la croyance en une vérité du droit, objective, neutre, scientifique. Or pour la doctrine, le contrat est en vérité régit par des règles qui protègent l'engagement. Cet effet de vérité explique de manière satisfaisante les problèmes auxquels il était difficile d'apporter des éléments de réponses.

454. - La dogmatique explique le problème de la hiérarchie. Le problème de la hiérarchie s'explique nous semble t-il très bien. Dès lors que la théorie générale résulte d'un processus de fabrication rationnel, elle reflète une vérité. Cette vérité comme nous l'avons vu implique nécessairement une hiérarchie : la théorie générale doit primer sur les branches dites spéciales. Ces dernières ne dérogeront à la théorie générale que parce que des faits particuliers, mais en aucun cas généralisables, rendent nécessaire la dérogation. Mais cela, aux yeux de la doctrine, ne permet pas de remettre en cause la véracité de la théorie générale du contrat. Et cette hiérarchie instaurée par la doctrine rejaillit sur sa méthode : les concepts

---

[1312] *Cf.* S. Pimont, *Critique des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français, loc. cit.,* p. 142. L'auteur annote sa sentence en affirmant que « *les théories générales ont la prétention de donner à voir la vérité parce qu'elles sont construites EN RAISON à partir de FAITS OBJECTIFS. Mais en elles-mêmes, elles ne sont jamais qu'un discours* » ; rappr. V. Forray, *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, loc. cit.,* p. 234 : « *La confection de théories générales constitue l'activité essentielle de la dogmatique juridique entendue comme l'activité qui a pour objet la description ordonnée ou systématique du droit positif. Et la possibilité de décrire scientifiquement le droit sous-tend le projet dogmatique. Il s'ensuit que la théorie générale du contrat veut exprimer ce qu'est le droit des contrats (…) Ce n'est possible qu'à la condition qu'existent, en son sein, des éléments de vérité* ». Du même auteur, *L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats, Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats, RTD civ.,* Avril-Juin 2012, p. 247 : « *le projet dogmatique peut revendiquer, au travers d'elle, un triple rattachement à la vérité du droit. 1°) Par son objet : le droit « positif » (…) 2°) Par sa méthode : l'étude rationnelle du droit assure la scientificité ou le sérieux du discours ; la dogmatique place la doctrine dans la position d'une autorité qui connaît le droit* ».

[1313] C'est que le discours doctrinal n'est pas n'importe quel discours, il est le produit d'un travail savant, scientifique. La systématisation procède de la raison et comme la raison est le dénominateur commun à tous les hommes, tous les hommes arriveraient à un système similaire. Pour le dire simplement, ce qui est rationnel est vrai, donc le discours doctrinal est vrai. L'idée que la doctrine, en écrivant le droit selon la méthode dogmatique, formule un discours qui prétend dire le vrai a déjà été soutenue par certains auteurs. En effet, dans la lignée des travaux de messieurs Jestaz et Jamin, qui ont posé les premières pierres d'une sérieuse réflexion sur le concept de doctrine, certains auteurs se sont consacrés à un travail sur le discours doctrinal. Juste avant de nous pencher sur ces travaux, nous allons reprendre les définitions des termes « doctrine » et « dogmatique », qui contiennent tous deux cette prétention à la vérité.

issus de la théorie générale doivent être des prismes d'analyse pour le droit dans sa totalité. Et rappelons le reflet de cette hiérarchie : l'expression « droit de repentir ». Cette expression et son caractère inadapté s'expliquent bien par les contraintes dogmatiques : dès lors que la théorie générale présente le contrat comme une promesse acceptée, et dès lors que cette assertion est vraie, le désengagement apparaît nécessairement comme un comportement anormal, une faute, et donc la nécessité pour le parjure de se repentir[1314].

455. - La dogmatique explique le rattachement du désengagement au concept de consentement. Puisque la théorie générale du contrat est vraie, et dans la mesure où elle s'appuie entre autre sur le concept de consentement, comment être étonné par le fait que la doctrine s'emploie toujours à voir dans le droit de rétractation un outil de lutte contre l'obtention de consentements donnés à la légère ? La volonté est au cœur de notre théorie générale et elle semblait en parfaite adéquation avec l'idée que l'ont s'est forgée dans les années 70 du droit de la consommation : un contrepoids aux dérives de la société de consommation. Nous comprenons donc mieux, grâce à l'idée de dogmatique, la masse des développements consacrés à l'idée de protection du consentement des consommateurs et parallèlement, le peu de travaux consacrés à l'idée de régulation, soit à la dimension économique du mécanisme, ce qui nous paraît être un réel manque[1315].

456. - La dogmatique explique les (vains) efforts doctrinaux pour découvrir la nature du désengagement. Nous avons expliqué tout à l'heure[1316] que le débat sur la nature

---

[1314] V. *supra,* n° 418. -

[1315] V. à cet égard les mots de G. Goubeaux, *Il était une fois la doctrine, loc. cit.,* n° 14 : « *Enfin, revient la question de la place des disciplines dites « annexes », économie, sociologie, etc., ce qui conduit à une remise en cause de la méthode. Un temps réglé par l'affirmation de la prééminence de la dogmatique juridique, refoulant aux marges tout ce qui porterait atteinte à l'intégrité du droit, le problème reparaît aujourd'hui avec acuité. « La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique pertinente » disait récemment M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, en ouvrant un cycle de conférences destiné à l'information des magistrats (...) Mesurer l'impact économique des solutions juridiques est une nécessité. (...) Mieux vaut maitriser les données économiques avant, plutôt que corriger après, sous la pression. (...) L'économie du droit, associant économistes et juristes a un bel avenir* ». Rappr. les développements de M. Gobert, *Le temps de penser de la doctrine, in* Droit, « Doctrine et recherche en droit », 1995, p. 99 : « *Cette distance, qui s'impose pour contempler un très grand tableau, est aussi indispensable pour mieux appréhender les différentes données textuelles, jurisprudentielles, sociologiques, sociales, économiques et politiques dont on a besoin pour penser le droit et essayer d'en parler le moins mal possible et à condition, bien entendu, de penser et de s'intéresser à autre chose, à beaucoup d'autres choses, qu'au droit. La théorie ne peut fleurir que si elle plonge ses racines profondément dans le concret pour s'en détacher ensuite et imaginer l'avenir. Or, et l'investigation et la réflexion ont besoin de temps* ».

[1316] V. *supra,* n° 409. -

du désengagement n'avait pas d'intérêt pratique puisque son régime était déjà prévu. Mais le problème apparaît ici sous un autre jour : ce n'est pas tant le régime qui pose ici problème mais la cohérence du système. Ce n'est pas pour appliquer des règles juridiques que la doctrine fournit de tels efforts d'intégration, mais simplement pour garantir au système juridique ce haut degré de convenance entre les idées. Mais tout cela fait violence au réel !

457. - Plaidoyer pour une contre-théorie du contrat à partir du désengagement. Nous en revenons au propos rapporté dans l'introduction, propos de G. Goubeaux alors qu'il s'interroge sur l'avenir de la doctrine : « *la méthode dogmatique, si féconde pour organiser un droit complexe et mouvant, désormais surexploitée, conduit un grand nombre de thèses de doctorat dans une impasse : chaque apprenti y va de sa construction qu'il espère grandiose, ajoutant de l'abstraction à de la subtilité, sans avoir ni l'expérience ni le recul nécessaires* »[1317]. Nous ne voulions pas être cet apprenti et donc, nous n'avons pas souhaité nous lancé dans cette entreprise dogmatique de construction. Mais est-il seulement possible de faire autre chose ? Peut-on imaginer qu'il y ait une place, en France, pour l'application d'une autre méthode[1318] ? Cela paraît souhaitable, comme le suggérait J.-G. Belley dans son article *La théorie générale des contrats, Pour sortir du dogmatisme*[1319] : « *Que faire pour guérir la théorie générale des contrats du dogmatisme que lui communique la doctrine*

[1317] *Cf.* G. Goubeaux, *Il était une fois la doctrine, loc. cit.,* n° 11 ; V. également Ph. Jestaz et C. Jamin qui dans la doctrine défendent cette idée d'un épuisement de la dogmatique du fait d'un usage excessif, V. *op. cit.,* p. 304.

[1318] V. les précisions de G. Goubeaux, *précit.,* n° 14 : « *pour intégrer ainsi des éléments scientifiques venus d'autres horizons****, il faut accepter de développer d'autres méthodes que la classique dogmatique. Au lieu de rechercher le principe qui, logiquement, justifie la solution, il s'agit de rechercher et apprécier les arguments de tous ordres, et aussi bien économiques ou sociologiques que proprement juridiques, qui rendent préférable telle solution plutôt que telle autre, l'une comme l'autre étant a priori possibles*** ». L'auteur termine d'ailleurs son étude par ces jolis mots : « *Ouverture, élargissement, exploration de voies nouvelles… Voilà un programme passionnant qui poursuivra la belle aventure de la Doctrine. Puisqu'on a commencé par un conte, adaptons-en l'épilogue : « elle vécut heureuse et eut beaucoup d'enfants* ». Cette conclusion pleine d'espoir et d'optimisme, nous a renforcé un peu plus dans cette intime conviction que notre travail n'était pas dénué de tout intérêt. V. du même auteur, Jestaz Ph., *Le déclin de la doctrine ?, loc. cit.,* p. 93 : « *au demeurant, il y a aussi des signes réconfortants. La philosophie ou la théorie générale du droit se développent, et avec elles une vaste entreprise de remise en question qui finit par rayonner au-delà des quelques spécialistes attitrés* » ; comp. C. Atias *La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé, précit.,* p. 466 : « *La « cristallisation dogmatique » que réalisent les principes juridiques est assurément pernicieuse* » ; encore M. Gobert, *Le temps de penser de la doctrine, loc. cit.,* p. 104 : « *C'est pourquoi il serait salutaire, pour que son autorité soit toujours incontestable, qu'elle prenne davantage le parti d'écrire moins mais de penser plus et plus largement. Elle doit être mieux qu'une pourvoyeuse de connaissances et de solutions techniques. (…) Penser le droit alors et, par hypothèse, ne penser que le droit, et encore, à l'intérieur de celui-ci, un domaine circonscrit, transformerait le rôle de la doctrine en des exercices nécessairement étriqués dans lesquels se dissoudrait sa vocation qui est d'être, parfois, capable d'ouvrir aux autres ces champs lumineux évoqués par Baudelaire* ».

[1319] V. *La théorie générale des contrats, Pour sortir du dogmatisme,* Les cahiers du Droit, vol. 26, n° 4, 1985, p. 1985 et s.

actuelle ? Il faut d'abord changer la diète pour enrichir cet aliment premier de l'activité doctrinale, la logique. Renoncer au vieux sirop scolastique en faveur d'une logique plus dialectique ainsi que nous le suggère le mouvement de l'étude critique du droit, ajouter à nos modes de raisonnement trop souvent dichotomique et binaire une analyse typologique plus raffinée, réarticuler nos concepts. (...) Il faut enfin allonger les heures de visite pour que la doctrine juridique reprenne contact avec les autres sciences humaines »[1320]. Tout cela pour dire que la dogmatique pèse et que ses résultats ne sont pas toujours satisfaisants, la perspective critique apparaît comme une issue possible.

458. - Perspective critique. Certains auteurs ont essayé de prendre un chemin différent, de faire autre chose que de la dogmatique[1321] et peut-être de « *débusquer les enjeux réels derrière le vernis des concepts juridiques* »[1322]. En ce sens, on a pu parler de la naissance en France d'un mouvement dit « critique »[1323], en référence au mouvement américain des « *Critical Legal Studies* ». Bien entendu, il n'est pas question de calquer ce modèle en France, mais simplement de s'en inspirer pour formuler un discours concurrent au mieux, différent au moins. Quel rapport avec notre vérité du droit ? Il faut préciser que l'idée d'une vérité du droit a notamment été mise en lumière par Duncan Kennedy, soit le « *chef d'école* » des *CLS*[1324]. Cet auteur a en effet pu soutenir que : « *La combinaison de la théorie du langage performatif de Austin et de la théorie foucaldienne de « l'effet de vérité » peut être utilisée de la manière suivante dans le droit : le travail des juristes consiste à dire, dans chaque cas, quelle est la règle de droit applicable, c'est à dire la « vraie règle » dont le*

[1320] *Ibid.,* p. 1055-1056.

[1321] Et disons le très clairement, il n'est pas question de blâmer la dogmatique. Il est certain que cette méthode a des avantages, des forces, et une utilité. Mais cela ne veut pas dire que d'autres méthodes ne soient pas concevables et tout aussi prolifiques en vue du développement de notre compréhension du droit. On en revient au propos ci-dessus rapporté est au fait que « *c'est l'exclusivité de la méthode dogmatique qui n'est plus tenable* », V. G. Goubeaux, *précit.*

[1322] *Cf.* A. Sériaux, *Déclin de la doctrine ?, loc. cit.,* p. 93.

[1323] Il convient de souligner qu'il y a eu en France un mouvement « critique » à la fin des années 1970, mais le projet était sensiblement différent ; il était, pour le dire simplement, un projet plus « politisé ». V. sur celui-ci le Manifeste du mouvement critique du Droit en France*, Pour une critique du Droit,* Maspéro, PUG, 1978. On peut citer, parmi les canons de ce mouvement, A. Jeammaud et sa *Critique du droit en France* ou encore A. Supiot et sa *Critique du droit du travail*. V. enfin l'article de M. Miaille, *La critique du droit, Dr. Et Soc.,* 20/21-1992, en particulier p. 85 et s.

[1324] V. les propos de M. Xifaras sur ce point : « *Duncan Kennedy est un chef d'école, les Critical Legal Studies, bien que dans cet énoncé, tout soit faux. Les CLS ne sont en effet pas une école, et Duncan Kennedy refuserait certainement d'en être considéré comme le chef. (...) à défaut de chefs, le mouvement a des canons, parmi lesquels on trouve en bonne place, souvent la première, les travaux de Duncan Kennedy* », V. *Sexy dressing, Violences sexuelles et érotisation da la domination, op. cit.,* p. 11 et 12.

système général des sources du droit dicte l'application dans ce cas précis (...) Je suspens, un peu à la manière d'un epochè husserlienne ou sartrienne, la question de la « vérité du droit »[1325]. C'est que la démarche présente des avantages dont au moins un en France : élaborer un discours différent du discours doctrinal classique. N'y a-t-il pas là une voie intéressante pour enrichir notre vision du droit ? Car finalement, que l'on fasse de la dogmatique ou que l'on fasse autre chose, l'important n'est-il pas le sérieux de la démarche ? Une réflexion, dès lors qu'elle est argumentée, intéressante et stimulante doit elle être rejeté au seul motif qu'elle n'est pas issue de la dogmatique ? Nous ne le pensons pas. Mais revenons à ces travaux qui nous ont particulièrement influencés et surtout, inspirés tout au long de ce travail de recherche : il s'agit des études menées par messieurs V. Forray et S. Pimont. A diverses occasions, ces auteurs ont mis en lumière cet « *effet de vérité* » dont parlait D. Kennedy. On peut d'ailleurs penser que l'effet de vérité est encore plus important dans un pays où LA doctrine existe.

459. - Les études en question. Les auteurs dont nous avons parlé ont mené des réflexions tendant à prendre de conscience de l'effet de vérité inhérent au discours doctrinal. Dans cette perspective, et alors qu'il s'intéressait aux théories de la formation du contrat, monsieur S. Pimont remarque qu' « *en dépit de leur raffinement et de leur rationalité, elles ne convainquent pas la Cour de cassation qui refuse de leur faire produire plein effet ; quant à la doctrine, au lieu d'aligner ses constructions sur l'évolution de la jurisprudence, elle critique ou ignore les arrêts incompatibles avec son discours* »[1326]. Et ce comportement s'expliquerait notamment par la « *croyance en la vérité du droit* » : « *Depuis que l'école dogmatique l'a emporté en droit privé français, à la première moitié du 20ème siècle, les théories générales ont la prétention de donner à voir la vérité du droit ; elles sont « positives » ; elles synthétisent, à l'aide d'une méthode pensée comme étant objective ou « scientifique », le droit positif, le plus souvent la jurisprudence, auxquelles elles empruntent leur juridicité (...) elles fondent un raisonnement déductif permettant de résoudre juridiquement la plupart des litiges ; elles sont à l'origine de la solution vraie* »[1327]. Nous

[1325] V. *ibid.*

[1326] *Cf.* S. Pimont, *Critiques des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français, R.J.T,* 44-3, 2010, « résumé ». Comp. Ph. Jestaz Ph., *Le déclin de la doctrine ?, loc. cit.,* p. 91 : « *Les grands anciens précédaient la jurisprudence et s'irritaient fort, et avec hauteur, quand ils l'avaient mal anticipée : « Le juge a tort et j'ai raison ! »* ».

[1327] *Ibid.,* p. 142.

voyons bien cette idée que la méthode dogmatique, mobilisée dans l'élaboration du discours juridique, permet à ceux qui le formulent de prétendre dire le vrai ; car tel était le projet à l'origine : faire du droit une véritable science décrivant ce qui est vrai, les essences. En d'autres termes, parce que le discours doctrinal découle de la raison humaine, il est vrai. Dans le même esprit, monsieur V. Forray a écrit que « *le projet dogmatique peut revendiquer, au travers d'elle, un triple rattachement à la vérité du droit. 1°) Par son objet (ce qu'il reste de la critique positiviste) : le droit « positif » renvoie aux faits ou phénomènes juridique vérifiables. 2°) Par ses méthodes (de qui revient au rationalisme) : l'étude rationnelle du droit assure la scientificité ou le sérieux du discours ; la dogmatique place la doctrine dans la position d'une autorité qui connaît le droit 3°) Par son importance sociale (ce qu'il reste du réalisme critique) : le discours juridique marque l'ordre social (civil) de sa présence* »[1328]. L'auteur soutient quelques lignes plus loin que « ***la vérité*** *(...)* ***fait désormais corps avec le discours doctrinal*** »[1329]. La doctrine en écrivant le droit fait comme nous l'avons vu un acte « d'autorité » au sens le plus étymologique du terme, il en résulte que le discours doctrinal est doté d'une force considérable[1330], la force de la vérité. Nous avons maintenant tous les éléments qui nous permettent de conclure ce chapitre consacré rappelons le aux raisons de la dissimulation par la doctrine de la tension que nous avons esquissée dans la première partie.

460. - Réponse à la question : pourquoi la doctrine ne rend pas compte de cette tension au sein du droit des contrats ? Finalement, ces développements consacrés au concept de doctrine et à la méthode dogmatique permettent de formuler une réponse, simple, qui pourrait décevoir, mais qui nous paraît maintenant presque évidente : la doctrine occulte la tension que nous avons observée dans le droit des contrats… parce qu'elle est la doctrine ! Les contraintes qui s'exercent sur elle ne le lui permettent pas[1331]. Son rôle n'est pas de mettre

---

[1328] *Cf.* V. Forray, *L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats, Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats, RTD civ.,* Avril-Juin 2012, p. 247.

[1329] V. *ibid.*

[1330] En ce sens, V. Forray, *ibid.* : « *Il est alors possible de se représenter la force de l'intention qui anime le projet dogmatique : celui-ci est mu par la volonté doctrinale de vérité du droit* ».

[1331] Rappr. les développements de P. Morvan, *La notion de doctrine, loc. cit.,* note 24 : « *Catherine Puigelier a décelé dans l'ouvrage de MM. Jestaz et Jamin une illustration frappante du phénomène d'auto-légitimation du groupe et des répercussions importantes que le climat d'un groupe a sur les conduites individuelles, mises en lumière par George Elton Mayo (...) En premier lieu, « les membres du groupe doivent être plus précisément désignés afin que le climat de celui-ci influe sur les comportements individuels ». En deuxième lieu, comme le psychologue américain Léon Festinger l'a montré, «* ***les pressions à l'uniformité sont constantes dans les groupes, ces pressions réduisant l'incertitude, l'anxiété de ses membres, favorisant un travail plus serein, mais tout en accroissant la stéréotypie, la rigidité, le rejet de la libre pensée, de la nouveauté*** *» ; « l'on ne raisonne pas toujours mieux en groupe, l'on peut même raisonner plus mal ». Les rigidités et carences de la*

en lumière des tensions, mais précisément de les « dissiper », de les résoudre afin d'arriver à une présentation satisfaisante des matières. C'est que le discours doit être cohérent, il dérive rappelons-le de la science du droit. Il s'agit toujours de « *faire d'un magma confus une source claire* », pas l'inverse ! Et comment donc la doctrine pourrait souffrir un droit des contrats qui dirait une chose et son contraire ? Le vrai ne connaît pas de degrés[1332] ! Donc si le vrai est que le droit des contrats fonctionne selon une logique de l'engagement, le droit des contrats ne saurait dans le même temps organiser par principe la faculté de se désengager. A tous le moins, le désengagement ne peut être qu'un mécanisme en marge, dérogatoire et exceptionnel. Ainsi le droit des contrats doit organiser, en temps normal (là est le principe directeur de la matière), l'engagement des parties ; ce n'est qu'en dehors de cette normalité (dans l'anormal donc) que le désengagement opère. La doctrine, depuis l'émergence de l'école scientifique, s'est donnée pour tâche de « découvrir » la vérité du droit, en le rationalisant, en le systématisant et en le réduisant en principes, en théories générales et parmi elle, le fameuse théorie générale du contrat. Or une fois que cette vérité est établie (l'engagement en droit des contrats fait partie de ces vérités) et théorisée, il convient évidemment de la défendre, et pas de la battre en brèche ! Bref, la doctrine occulte la tension qui s'établie entre un droit de l'engagement (le droit civil) et un droit du désengagement (le droit de la consommation) parce qu'elle ne peut pas faire autrement ; la dogmatique structure son discours tout en le limitant. A cela s'ajoute l'effet excluant d'un discours trop technique, trop dogmatique[1333]. L'unité des concepts, du vocabulaire juridique « *condamne* »[1334] le juriste à voir le droit au travers d'un seul et même prisme : les théories générales.

---

doctrine française fort justement décrites par MM. Jestaz et Jamin (fermeture aux influences des sciences sociales, dédain à l'égard de la philosophie du droit…) cadreraient avec ce schéma (C. Puigelier, Chronique de psychologie juridique. « La doctrine » de Ph. Jestaz et C. Jamin, Arch. Phil. Droit, T. 49, Dalloz) ».

[1332] V. à cet égard les mots de monsieur S. Pimont qui avait formulé cette idée avant nous, s'agissant des théories de la formation du contrat : « *Or, la vérité, fut-elle celle du droit, n'est guère susceptible de nuances, elle est ou elle n'est pas. Dans ces conditions, comment concevoir une théorie s'inscrivant contre les théories – contre la vérité ?* », *cf. Critiques des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français, loc. cit.,* p. 142.

[1333] Sur ces difficultés, V. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.,* n° 125 et 126 : « *La spécialité du langage juridique est liée à sa technicité inéluctable parce qu'il doit désigner des concepts que le langage courant n'a pas à appréhender (…) Mais pour rendre le droit plus intelligible au public, on peut imaginer d'en simplifier certaines formes de communication et d'utiliser davantage le langage courant* ».

[1334] Pour reprendre le vocabulaire de monsieur Rivero, V. *supra,* n° 445. -

461. - Conclusion du second chapitre. Il existe des contraintes[1335] dans l'écriture dogmatique du droit et ces contraintes expliquent que nous ne retrouvions pas la tension dans les présentations doctrinales du droit des contrats issues de cette méthode particulière. Et maintenant, que le lecteur se rappelle les trois métamorphoses de l'esprit, et le poids de la tradition[1336] ! Nous sommes les chameaux aux reins solides, les héritiers d'un système issu des lois de la nature, auxquelles on accède par la raison. Les lois du droit civil reflètent les lois de la nature ; lesquelles prescrivent le respect de la parole donnée. Dès lors, une « *contre-théorie* » du contrat, qui tiendrait sérieusement compte du désengagement instituerait un comportement contre-nature. Cette tradition juridique constitue une première contrainte, elle n'est pas la seule. La systématisation implique une dialectique rigoureuse ; le droit est devenu un art de raisonner et pour le pratiquer, c'est la dogmatique que les juristes utilisent. A partir de là, il est impensable de travailler en dehors des cadres établis par la théorie générale. Il existe un langage juridique et des concepts auxquels on ne peut échapper sous peine de ne plus être compris, ou plus exactement de ne plus être entendu. Et notre étude sur le désengagement permet de mettre en lumière cela. Toujours rattaché à la question de la qualité du consentement, les juristes ont jusqu'à aujourd'hui procédé à une analyse dogmatique du désengagement qui consiste à le dissoudre dans le système et cela a pour effet de dissiper, résoudre la tension que nous avons mise en lumière. Les juristes ne voient le désengagement qu'au travers des concepts du droit civil et c'est ce qui nous a amené à penser qu'il y avait en France une manière particulière de faire du droit : peu importe l'objet, c'est par la dogmatique qu'il faut en rendre compte. Nous pouvons dès lors dépasser l'opposition entre droit commun et droit spécial. Les juristes font du droit civil lorsqu'il font du droit de la consommation[1337] : ils rationalisent la matière, lui donnent une cohérence d'ensemble, ils en font un code, etc. Le discours doctrinal se formule ainsi sous l'effet de diverses contraintes qui tiennent à l'utilisation de la méthode dogmatique. Cela explique très bien tous les efforts consacrés à faire entrer le désengagement dans un système qui n'a jamais été conçu pour l'accueillir ; la doctrine préfère « violenter » la théorie générale du contrat, distordre les catégories plutôt que de concevoir une contre-théorie du contrat.

[1335] V. aussi sur cette idée de contraintes, M. Gobert, *Le temps de penser de la doctrine, loc. cit.,* p. 105 : « *Car on n'oublie pas subitement que* ***les contraintes auxquelles nous sommes soumis morcellent le temps et qu'il y a dans cette atomisation et ce sautillement intellectuel les ennemis mortels de la pensée*** ».

[1336] V. *supra,* n° 256. - .

[1337] Rappr. encore une fois les propos de monsieur V. Forray : « *le droit de la consommation est un Autre que le droit commun. Mais un Autre que le droit commun permet d'appréhender. Et de définir, de contenir, d'achever* », V. *Ambivalences en droit de la consommation, Remarques sur les effets de l'écriture du droit, loc. cit.*, p. 999.

462. - Conclusion du second titre. Il s'agissait rappelons-le de mettre à l'épreuve cette présentation doctrinale du droit des contrats, dans laquelle le désengagement n'a pas sa place et dans laquelle nous n'avons pas retrouvé la tension mise en lumière dans la première partie. Cette mise à l'épreuve a révélé que lesdites présentations doctrinales du droit des contrats étaient réductrices, voire incorrectes[1338]. Les « anomalistes » pas plus que les « assimilationnistes » n'ont réussi à rendre compte de manière pleinement satisfaisante du désengagement en droit des contrats et *a fortiori,* du droit des contrats lui-même. Il nous fallait nous pencher sur les raisons qui poussaient la doctrine à toujours travailler et discuter les mêmes points[1339] : comment se traduit l'idée de protection et quelle est la nature du désengagement. C'est dans l'histoire que nous avons trouvé les réponses à toutes ces interrogations : au 20ème siècle, la doctrine prend conscience de son existence, d'une identité propre et c'est par sa méthode que justement elle s'identifie. Cette méthode, la dogmatique, fonctionne de telle manière qu'il n'est pas possible pour la doctrine de présenter un droit des contrats innervé par des tensions. Elle ne permet pas non plus aux auteurs d'échapper à l'attraction de la théorie générale. Tout cela crée un discours uniforme, ce qui est logique puisque toutes ces présentations sont issues d'un même processus. Et donc, on comprend beaucoup mieux pourquoi, quasiment nulle part, il n'est possible de voir cette tension entre l'engagement et le désengagement.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

463. - L'occultation de la tension liée à la dogmatique. La doctrine ne rend pas compte d'une tension au sein du droit des contrats : telle est l'hypothèse qui a été posée au début de cette seconde partie et qui a été vérifiée dans le premier titre[1340]. La doctrine passe sous silence une part du droit des contrats, c'est bien ce que révèle sa conception particulière du désengagement. Ajoutons qu'il a été démontré que les présentations faites par la doctrine connaissaient de nombreuses failles[1341]. Perplexe face à ce constat, nous avons finalement

[1338] *Supra,* n° 400. - et s.

[1339] *Supra,* n° 425. - et s.

[1340] *Supra,* n° 312. - et s.

[1341] *Supra,* n° 408. -

compris que c'était les fonctions de la doctrine, à savoir présenter (aux praticiens et aux étudiants) les phénomènes juridiques (les lois, les arrêts) de manière cohérente, ordonnée et rationnalisée grâce à la dogmatique. Tout cela paraît séduisant, sécurisant, rassurant : les solutions juridiques paraissent prévisibles, les citoyens ont théoriquement la possibilité de rendre effectif l'adage *Nemo censitur ignorare legem* ; ils sont protégés de l'arbitraire, des juges en particulier. Si la dogmatique apparaît sous un jour favorable, c'est finalement toujours dans une perspective théorique. Car en fait, la dogmatique fait violence à la réalité ; l'exemple du désengagement en droit des contrats en témoigne. Il faut se méfier des faiseurs de systèmes, derrière la cohérence, le rationnel, l'universel se cachent toujours un « *manque de probité* »[1342] ! Il y avait donc intérêt à prendre partie et à encourager, à notre échelle, un mouvement « critique ». C'est à dire changer de méthode, changer les règles du jeu et s'autoriser à faire du droit autrement. En particulier, il est possible de mettre entre parenthèse la dogmatique juridique, déjà largement pratiquée et perfectionnée en conséquence. Il est possible de se détacher des concepts civilistes vieillissant (le consentement en est un exemple) sans pour autant être dans l'erreur. Par surcroît, une telle entreprise enrichirait considérablement notre conception du désengagement et donc du droit de la consommation. Nous avons à cet égard proposé quelques pistes. En particulier, nous avons essayé de remettre le désengagement dans une perspective historique et économique, en insistant sur le fait qu'il était un mécanisme régulateur du marché, un moyen de garantir aux consommateurs leur droit de choisir. Or la dogmatique nous a semblé réduire considérablement cette dimension historique indispensable pour appréhender avec plus de raffinement le désengagement en droit des contrats.

[1342] *Cf.* F. Nietzsche, *Crépuscule des idoles, précit.,* n° 26.

CONCLUSION GÉNÉRALE

464. - L'heure du bilan. Elle est arrivée, l'heure de faire le bilan, l'heure d'arrêter la réflexion, de regarder en arrière et de faire le point sur les leçons apprises au cours de nos pérégrinations dans le vaste monde du droit des contrats. Il nous faut à présent résumer les constats qui ont été faits, au fur et à mesure de l'avancée de nos recherches : qui avaient pour objet l'engagement et le désengagement en droit des contrats. A cet égard, nous nous sommes, « naturellement » pourrait-on dire, penchés sur le droit de la consommation. Cet en effet le premier domaine du droit qui vient à l'idée lorsque l'on pense au « désengagement » (avec en filigrane cette croyance en l'équation : désengagement = rétractation). Bref, nous avons donc commencé par l'étude du Code de la consommation, dans une approche qui se voulait quasi positiviste.

465. - Le droit de la consommation constitue un « droit du désengagement ». Telle est le résultat auquel notre travail nous a conduit[1343]. Dans cette approche positiviste, nous avons épluché le code de la consommation ; les dispositifs qui organisent à la faveur du consommateur la faculté de revenir sur son engagement pendant un certain temps sont présents dans le régime juridique de tous les contrats de consommation. Rien de plus mais rien de moins : dans le droit de la consommation, le consommateur dispose toujours de cette faculté. Ainsi, nous avons formulé cette simple idée qu'en un sens, le droit de la consommation était un droit du désengagement.

466. - Le droit de la consommation, droit de la société de consommation. C'est la deuxième idée force de notre thèse[1344]. Contrairement à ce qui est souvent avancé, le droit de la consommation n'a pas toujours existé. A tout le moins, il n'a jamais existé sous une telle forme. Car la société de consommation est une révolution sociale, issue de la révolution industrielle du siècle précédent. C'est pour cela que nous nous sommes lancé dans une étude historique de la société de consommation, en essayant de montrer le lien indéfectible qui la lie au droit de la consommation qui n'a d'autres buts, finalement, que de la réguler et assurer son

[1343] *Supra,* Partie 1, titre 1.

[1344] *Supra,* n° 93. - et s.

bon fonctionnement. Ajoutons que nous n'avions pas, au commencement de cette analyse historique, évoqué les problèmes de l'isolement des juristes et de l'enfermement dans la dogmatique. De ce point de vue, notre étude historique apparaît *a fortiori* comme bien légitime et surtout, elle montre à quel point le détour par d'autres champs du savoir s'avère parfois enrichissant ! Voilà où nous en étions à la fin du premier titre. Mais nous sommes civilistes de formation et donc, il nous a fallu revenir à notre « domaine de spécialité », si l'on nous permet l'usage de cette expression… Et là, autant dire que ce n'est pas le souvenir que nous avait laissé nos cours de droit civil des contrats[1345].

467. - Le droit civil des contrats contient des règles qui protègent l'engagement. C'est ce que nous avons montré dans le second titre de cette première partie[1346]. Le droit civil des contrats se révèle d'ailleurs être un droit de l'engagement sous deux angles. Il est d'abord un droit qui, pour des raisons historiques, s'articule autour de l'idée que la parole est donnée en gage (la parole donnée en-gage !). Il est en conséquence un droit protecteur de la promesse et de son exécution. S'agissant des raisons historiques, sans y revenir dans le détail[1347], nous avons procédé à une généalogie de cette conception d'un contrat-promesse et nous avons formulé l'idée suivante : cette conception particulière du contrat puise ses racines dans la pensée judéo-chrétienne et plus précisément dans le concept hébreu de *bérît*, qui signifie « Alliance ». Cette pensée chrétienne va être évidemment développée par les canonistes qui édifient progressivement le principe de « force obligatoire des conventions ». Et cette pensée chrétienne va se diffuser dans les esprits jusqu'à devenir un instinct, une croyance en le fait qu'elle est « naturelle ». Les juristes vont ainsi intégrer ces principes religieux dans la pensée juridique, et comme les philosophes, ce n'est plus sous l'étendard Divin que les penseurs vont s'exprimer, mais au nom de la raison. Et le principe de force obligatoire devient un principe issu de la raison humaine, universel, issu des lois de la nature. Des juristes comme Domat et Pothier vont largement contribuer à la pénétration du droit par la morale chrétienne. Si bien que le principe de force obligatoire est consacré dans notre code civil et qu'il constitue désormais officiellement un pilier de la matière. Ensuite, le droit civil des contrats s'appuie sur l'idée que le patrimoine du promettant est donné en gage. C'est ce que révèle notre droit

[1345] Le lecteur se rappellera les mots de Ph. Brun, *Le droit de revenir sur son engagement, loc. cit.,* p. 78 : « *Le droit de revenir sur son engagement : la formule en elle-même fait figure de provocation, et on imagine sans peine l'incrédulité du passant qui se sera arrêté devant l'affiche de notre colloque* ».

[1346] *Supra,* n° 183. - et s.

[1347] *Ibid.*

de gage général, figurant à l'article 2284 du code civil. L'expression « droit de l'engagement » nous a dès lors paru parfaitement adaptée pour décrire le droit civil des contrats. Et très simplement, face au constat qu'il existait un droit des contrats protégeant l'engagement et un autre droit des contrats organisant la faculté de se désengager, nous avons formulé l'idée qu'il y avait une tension dans le droit des contrats, c'était d'ailleurs l'intitulé de la première partie. Nous avons ressenti le besoin par suite de nous pencher sur la réception doctrinale de cette tension.

468. - La doctrine occulte cette tension. C'est ce que nous avons observé dans un premier temps[1348], la doctrine dans ses travaux n'évoque pas cette tension au sein du droit des contrats. La doctrine évite toujours de manière très habile les contradictions qui divisent ces deux paradigmes. Nous avons dégagé deux tendances : une première entreprise consiste à travailler les raisons qui légitiment le droit de la consommation et le désengagement ; une seconde vise à intégrer le désengagement dans la théorie générale du contrat. Dans les deux cas, nous avons montré que la doctrine occultait de fait la tension mise en lumière. Cela fait, nous avons « décortiqué » cette présentation du droit des contrats et du désengagement, dans le but de démontrer qu'elle était tantôt réductrice, tantôt erronée. Réductrice parce que cette présentation doctrinale du droit des contrats fait du droit de la consommation un droit en marge, fait d'exceptions et donc d'anormalités, voir de perversions, dans le langage du droit. En nous appuyant sur notre étude historique, il n'a pas été difficile de montrer les faiblesses d'une telle conception du droit de la consommation. Ensuite, sont erronées les propositions doctrinales d'intégration du désengagement dans la théorie générale du contrat. Toutes ces propositions connaissent leurs failles, et aucune n'est pleinement satisfaisante ce qui n'avait pas échappé au Doyen Carbonnier.

469. - La doctrine occulte cette tension parce qu'elle pratique de manière exclusive la dogmatique juridique. La question du pourquoi a émergé rapidement. Quelles raisons pouvaient expliquer l'occultation par la doctrine d'une tension évidente au sein du droit des contrats ? C'est à l'intérieur même du concept de doctrine que nous avons trouvé les réponses. La doctrine se constitue au 20ème siècle et fonde son identité sur sa méthode, la dogmatique juridique, qui consiste à rationnaliser le droit, à le systématiser afin de le réduire

[1348] *Supra,* Partie 2, Titre 1.

en un système logique et cohérent. Et la dogmatique juridique implique des contraintes dans la manière de penser le droit, de se le représenter pour pouvoir ensuite le présenter. Le langage juridique, les concepts, les théories générales, emprisonnent la doctrine qui subit constamment l'attraction du système. A partir de là, la doctrine a procédé à une lecture dogmatique du désengagement contractuel. En conséquence, le désengagement est toujours rattaché à la question de la qualité du consentement, qui en l'occurrence serait présumé vicié. Cette approche dogmatique explique également très bien les efforts considérables des auteurs s'agissant de la détermination de la nature du désengagement contractuel. D'ailleurs nous avons observé qu'en dehors des soucis de cohérence globale du système, la question de la nature de l'institution n'avait absolument aucun intérêt ! L'approche dogmatique donnait enfin du sens à la hiérarchie qui s'instaure entre la théorie générale et le droit de la consommation. Nous avons donc compris pourquoi, dans le discours doctrinal, le désengagement est présenté comme une anomalie, une exception et en aucun cas un principe. Cet aspect se reflète clairement dans l'expression « droit de repentir », qui fait apparaître le désengagement comme une faute. Une dernière précision, et pas des moindres : tout ce travail nous a permis finalement de nous positionner au sein du débat sur l'existence d'une entité doctrinale. Il nous semble en effet que ce que nous avons observé dans le cadre de nos recherches sur le désengagement permettent de dire qu'il existe bel et bien un corps doctrinal homogène. Les thèses formulées par messieurs Ph. Jestaz et C. Jamin se vérifient dans notre réflexion. Cela ne veut pas dire qu'ils disent vrai, mais cela ne veut pas dire qu'ils disent faux.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages juridiques

Ammar D., *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur,* Thèse Paris I, 1990, sous la direction de P. Mayer

Ancel P., *Droit des sûretés,* 5ème éd., LexisNexis, 2008

Antonmattei P.-H., et Raynard J., *Droit civil Contrats spéciaux,* 6ème éd., Litec, 2008

Arnaud A.-J. (Sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* 2ème éd., LGDJ, 1993

Aubert J.-L., *Le contrat,* 3ème éd., Dalloz, 2005

Aubert J.-L., *Introduction au droit,* 10ème éd. Que sais-je, PUF, 2007

Aubry C. et Rau C., *Cours de droit civil français,* 5ème éd., 1897, T. 3, T. 4, T. 5,

Aubry H., *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats,* PUAM, 2002, préf. A. Ghozi.

Auguet Y. (sous la dir.), *Droit de la consommation,* Ellipses 2008

Atias C., *Droit des biens,* 11ème éd., LexisNexis, 2011

Baudry-Lacantinerie G., *Précis de droit civil,* 1884, T. 1, T. 2, T. 3

Battifol H., *La philosophie du droit,* 6ème éd. « Que sais-je », PUF, 1981

Bérenger F., *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de consommation : renouvellement ou substitution ?,* PUAM, 2007, préface C. Atias

Bergel J.-L., *Théorie générale du droit,* 4ème éd., Dalloz, 2003

Blay M., *Dictionnaire des concepts philosophiques,* Larousse, éditions du CNRS, 2006

Boudot M., *Le dogme de la solution unique, Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé,* Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille.

Bout R. (sous la dir.), *Lamy Droit Économique, Conc. Distrib. Conso.,* 2012

Brun Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle,* 3ème éd., LexisNexis, 2014

Buffelan-Lanore Y., *Droit civil,* 6ème éd., Armand-Collin, 1998

Cabrillac R., *Droit des obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2010

Calais-Auloy J. et Temple H., *Droit de la consommation,* 8ème éd. Dalloz, 2010

Calais-Auloy J., *Propositions pour un code de la consommation,* Rapport de la Commission de codification du droit de la consommation, Paris, La Documentation française, 1990

Calais-Auloy J., *Rapport final de la Commission de refonte du droit de la consommation,* Paris, La Documentation française, 1985

Carbonnier J., *Droit civil,* vol. I, 1ère éd. « Quadrige », PUF, 2004

Carbonnier J., *Droit civil,* vol. II, 1ère éd. « Quadrige », PUF, 2004

Champeil-Desplats V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit,* Méthode du droit, 1ère éd. Dalloz, 2014

Cibert-Goton V. et Albortchire A., *Pratique du droit de la concurrence et de la consommation,* éd. ESKA, 2007

Couchez G., *Voies d'exécution,* 10ème éd. Sirey, Dalloz, 2010

Cornu G., *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens,* 8ème éd., Montchrestien, 1997

Cornu G., Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique,* PUF, 7ème éd. « Quadrige », 2006

Cuq E., *Études sur le droit babylonien, Les lois assyriennes et les lois hittites,* Librairie orientaliste Paul Geuthner, 1929

Dagorne-Labbe Y., *Contribution à l'étude de la faculté de dédit,* thèse Paris II, 1984

Demogue R. *Les notions fondamentales du droit privé,* Rousseau, 1911 (rééd. La mémoire du droit, 2001)

Demogue R., *Traité des obligations en général, effet des obligations,* 1923, T. 1, T. 6

Demolombe C., *Cours de code Napoléon,* T. 9, T. 24, T. 25

De Sutter L., *Deleuze, La pratique du droit,* Le bien commun, éd. Michalon, 2009

Deumier P., *Introduction générale au droit,* 2ème éd., LGDJ, Lextenso, 2013

Domat J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

Dubois J., Mitterand H. et Dauzat A., *Dictionnaire étymologique et historique du français,* Larousse 2011

Dubouchet P., *La pensée juridique avant et après le code civil,* 3ème éd., L'Hermès, 1994

Duranton A., *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. 3

Encinas de Munagorri R., *Introduction générale au droit,* 3ème éd., Champs université, Flammarion, 2011

Fabre-Magnan M., *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral,* 2ème éd., Thémis droit, PUF, 2010

Fabre-Magnan M., *Introduction générale au droit,* 1ère éd., PUF, 2009

Fages B. et Pouliquen E. (sous la dir.), *Lamy Droit du Contrat,* 2012

Farnsworth E. A*., Changing your mind, the law of regretted decisions,* Yale University press, 1998

Fasquelle D. et Meunier P., *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives,* Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer, 14 et 15 janvier 2000, La documentation française, Paris, 2002

Fauvarque-Cosson D. (sous dir.), *Livre vert sur le droit européen de la consommation, réponses françaises,* Société de législation comparée, 2007

Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 1 ; T. 13

Ferrier D., *La protection des consommateurs,* Dalloz, 1996

Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., *Droit civil Les obligations, 1/ L'acte juridique,* 14ème éd., Armand-Collin, 2004 ; *3/ Le rapport d'obligation,* 7ème éd., Sirey, 2011

Forest G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé,* NBT, Vol 116, Dalloz, 2012, préf. F. Leduc

Forray V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat,* BDP, T. 480, LGDJ, 2007, préf. G. Pignarre

Fried C., *Contract as promise, A theorie of contractual obligation,* Harvard University Press, 1981.

Gaudemet E., *Théorie générale des obligations,* prés. D. Mazeaud, éd. Dalloz, 2004

Gaudemet E., *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804,* prés. C. Jamin et Ph Jestaz, éd. La Mémoire du Droit, 2002

Ghestin J. et Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil, Introduction générale,* 4ème éd., LGDJ, 1994, n° 574.

Ghestin J. et Goubeaux G., *Traité de droit civil, Introduction générale,* LGDJ, 1982

Gouband P., *La protection des intérêts économiques des consommateurs en droit communautaire,* thèse de doctorat en droit, Paris II, 1996

Grimaldi C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation,* Collection des thèses, Defrénois, T. 23, 2007

Grotius H., *Le droit de la guerre et de la paix,* trad. P. Pradier-Fodéré, Ed. D. Alland et S. Goyard-Fabre, 1ère éd. « Quadrige », PUF, 2005

Grynbaum L., *Droit civil, Les obligations,* 2ème éd., Hachette Supérieur, 2007

Héloire M-C., *La politique de la communauté économique européenne à l'égard des consommateurs,* thèse de doctorat en droit, Paris I, 1986

Hiez D., *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel,* BDP, T. 399, LGDJ, 2003, préf. Ph. Jestaz

Holmes O. W., *The path of Law,* 10 Harvard Law Review, 457, 1897

Huet J. et Ghestin J., (sous la dir.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux,* LGDJ, 1996

Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain,* PUAM, 1995, sous la direction de J. Mestre

Jestaz Ph. et Jamin C., *La Doctrine,* « Méthode du droit », Dalloz, 2004

Jestaz Ph., *Le droit,* « Connaissance du droit », Dalloz, 2010

Jestaz Ph., *Les sources du droit,* « Connaissance du droit », Dalloz, 2005

Kennedy D., *Sexy dressing, Violences sexuelles et érotisation da la domination,* éd. Champs essais, Flammarion, 2008, (Trad.) par M. Xifaras.

Kojève A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit,* éd. Gallimard, 1981

Kyrat T., *Économie du droit*, éd. La découverte 2012

Laithier Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat,* BDP, T. 419, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt

Lalande A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* PUF, 1ère éd. « Quadrige » 2002.

Larroumet C., *Droit civil Les obligations Le contrat,* Tome 3, 4ème éd., Economica, 1998

Larroumet C., *Droit civil,* T. 1, *Introduction à l'étude du droit privé,* 3ème éd., Economica, 1996

Lefebvre F. édition, Mémento Pratique, *Concurrence et consommation,* 2009-2010

Lemoine L., Gaziaux E. et Müller D. (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne,* CERF, 2013

Le Tourneau Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz, 2010

Lévy J.-Ph. et Castaldo A., *Histoire du droit civil,* 1ère éd., Dalloz, 2002

Lewkowicz G. et Xifaras M. (sous la dir.), *Repenser le contrat,* « Méthode du droit », Dalloz, 2009

Loysel A., *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France,* (réimpr. de l'éd. De Paris, 1846, Slatkine reprints, Genève, 1971)

Lucas de Leyssac C. et Parleani G., *Droit du marché,* PUF, 2002

Mainguy D., *Introduction générale au droit,* 6ème éd., LexisNexis, 2013

Malaurie Ph., *Introduction générale,* Paris, Cujas, 1994

Malaurie Ph., Aynès L., et Stoffel-Munck Ph., *Les obligations,* 4ème éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2009

Malaurie Ph., Aynès L., et Gautier P.-Y., *Les contrats spéciaux,* 3ème éd., Defrénois, 2007

Malinvaud Ph., *Introduction à l'étude du droit,* 14ème éd., LexisNexis, 2013

Malinvaud Ph. et Fenouillet D., *Droit des obligations,* 12ème éd., LexisNexis, 2012

Mainguy D., *Contrats spéciaux,* 7ème éd., Dalloz, 2010

Mazeaud D., Schulze R. et Wicker G. (sous la dir.), *L'amorce d'un droit européen du contrat. La proposition de directive relative aux droits des consommateurs*, éd. Soc. lég. comp., 2010

Mazeaud H., L., J. et Chabas F., *Leçons de droit civil, Obligations théorie générale,* Tome II., Vol. I, 9ème éd., Montchrestien, 1998

Mirabail S., *La rétractation en droit privé français,* BDP, T. 284, LGDJ, 1997, préf. J.-P. Marty

Najjar I., *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral,* BDP, T. 85, LGDJ, 1967

Niort J.-F., *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français,* PUAM, 2004, préf. J.-L. Halpérin

Noblot C., *Droit de la consommation,* Montchrestien, 2012

Osman (sous la dir.), *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, 1998

Ost F. et van de Kerkove M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002

Pagnerre Y., *L'extinction unilatérale des engagements,* Thèse Paris II, 2012, sous la direction de J.-M. Olivier

Parleani G. et de Leyssac C.-L., *Droit du marché,* Thémis Droit privé, PUF, 2002

Payet M-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation,* Dalloz, 2001

Petit B., *Introduction générale au droit,* 7ème éd., PUG, 2008

Picod Y. et Davo H., *Droit de la consommation,* Armand Colin, 2005

Piedelièvre S., *Droit de la consommation,* Economica, 2008

Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil,* T. 1, T. 2

Poillot E., *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats,* BDP, T. 463, LGDJ, 2006, préf. P. de Vareilles-Sommières

Pothier R.-J., *Traité des obligations,* (Gallica BNF)

Prigent S., *L'engagement pour autrui,* sous la direction de L. Cadiet

Pufendorf S., *Droit de la nature et des gens,* trad. Barbeyrac, Gallica BNF

Raymond G., *Droit de la consommation,* 2ème éd. Litec, 2011

Rey-Debove J. et Rey A., *Le petit Robert de la langue française,* (texte remanié et amplifié sous la dir.), 2006.

Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles,* 4ème éd., 1949, réimpr. L.G.D.J., 1996

Ripert G. et Boulanger J., *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol,*

Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé,* 1ère éd. « Thémis droit », PUF, 2011

Rubellin-Devichi J., *Travaux dirigés de droit civil,* Lyon, L'Hermès, 1979

Rzepecki N., *Droit de la consommation et théorie générale du contrat,* PUAM, 2002

Sauphanor N., *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique,* BDP, T. 326, LGDJ, 2000, préf. J. Ghestin

Savaux E. *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* BDP, T. 264, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert

Sériaux A., *Droit des obligations,* 2ème éd., PUF, 2014

Serra Y. et Calais-Auloy J. (sous la dir.), *Concurrence et consommation,* Dalloz, 1994

Starck B., *Les obligations,* Librairies techniques, 1972

Starck B., Roland H. et Boyer L., *Les obligations, 2. Le contrat,* 5ème éd., Litec, 1995

Starck B., Roland H. et Boyer L., *Introduction au droit,* 4ème éd., Litec, 1996

Supiot A., *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit,* Ed. du Seuil, 2005

Terré F., *Introduction générale au droit,* 9ème éd., Dalloz, 2012

Terré F., Simler Ph., et Lequette Y., *Droit civil Les obligations,* 9ème éd., Dalloz, 2005

Terryn E., *Le droit de rétractation, Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge,* Contrats & Patrimoine, éd. Larcier, 2008

Todorova L., *L'engagement en droit,* ANRT, Thèse à la carte

Toullier C., *Le droit civil français suivant l'ordre du code,*

Zenati-Castaing F. et Revet T., *Les biens,* 3ème éd., PUF, 2008

II – Ouvrages extra-juridiques

Barthes R., *Mythologies in Œuvres complète I*, Paris, Le Seuil, 1993

Baudrillard J., *La société de consommation, ses mythes, ses structures*, Folio essais, 2012

Bourdieu P., *La distinction : critique sociale du jugement*, Paris, Minuit

Boyer A., *Chose promise, étude sur la promesse, à partir de Hobbes et quelques autres,* PUF, Léviathan, 2014,

Chatriot A., Chessel M-E. et Hilton M. (sous la dir.), *Au nom du consommateur, Consommation et politique en Europe et aux États-Unis au 20ème siècle,* La découverte, 2004

Chessel M-E., *Histoire de la consommation,* La découverte, 2012

Constant B., *Principes de politique applicables à tous les gouvernements,* par E. Hofmann, d'après les manuscrits de Lausanne et de Paris, Droz, 1980.

Fridenson P., *L'Histoire des usines Renault*, Paris, éd. Seuil, 1974

Friedan B., *La Femme mystifiée,* Paris, Gonthier, 1964

Granger G.-G., *La raison,* PUF, 8ème éd. « Que sais-je », 1984

Heffer J. et Serman W., *Le 19ème siècle, Des révolutions aux impérialismes, 1815-1914,* Hachette supérieur, 2001

Hume D., *Traité de la nature humaine*, trad. A. Leroy, Aubier, 1946.

Kant E., *Critique de la raison pure,* trad. J. Barni, Garnier-Flammarion

Kant E., *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit,* trad. J. Barni, 1853, Gallica BNF

Kant E., *Métaphysique des mœurs, doctrine de la vertu,* trad. A. Renaut, Garnier-Flammarion

Kaspi A., *Histoire des États-Unis,* Paris, Armand Colin, 1969

Loewy R., *La laideur se vend mal,* Paris, Gallimard, 1963

Maillet T., *Le marketing et son histoire ou le mythe de Sisyphe réinventé,* Agora Pocket, 2010

Mandeville B., *La fable des abeilles*, VRIN, 1998.

Margairaz D., *Foires et marchés dans la France préindustrielle,* Paris, éd. EHESS

Mattelart A., *Histoire de la société de l'information,* 4ème éd., La découverte, 2009

McLuhan M., *Guerre et Paix dans le village planétaire,* Paris, Robert Laffon, 1970.

Nader R., *Ces voitures qui tuent,* Paris, Flammarion, 1966

Nietzsche F., *Ainsi parlait Zarathoustra, Un livre qui est pour tous et qui n'est pour personne,* Textes et variantes G. Colli et M. Montinari, trad. M. Gandillac, Folio-essais, Gallimard, 2006

Nietzsche F., *Crépuscule des idoles,* Textes et variantes G. Colli et M. Montinari, Trad. J.-C. Hémery, Folio-essais, Gallimard, 2012

Nietzsche F., *La généalogie de la morale,* Textes et variantes G. Colli et M. Montinari, Trad. I. Hildenbrand et J. Gratien, Folio-essais, Gallimard, 2012

Packard V., *La Persuasion clandestine,* Paris, Calmann-levy, 1958

Philip-Stephan A., *Dire le droit en Égypte pharaonique, Contribution à l'étude des structures et mécanismes juridictionnels jusqu'au Nouvel Empire,* Ed. Safran, 2008

Piotte J-M., *Les grands penseurs du monde occidental, l'éthique et la politique de Platon à nos jours,* 3ème éd., FIDES, 2005

Piouffre G., *Les grandes inventions,* éd. First Histoire, 2013

Reinhard M., Armengaud A. et Dupaquier J., *Histoire générale de la population mondiale,* 3ème éd., 1968

Reisman D., *La Foule solitaire*, Paris, Artaud, 1964

Rémond R., *L'Ancien Régime et la Révolution, 1750-1815, Introduction à l'histoire de notre temps*, T. 1, Éditions du Seuil, 1974

Rémond R., *Le 19ème siècle, 1815-1914, Introduction à l'histoire de notre temps*, T. 2, Éditions du Seuil, 1974

Rémond R., *Le 20ème siècle, 1914 à nos jours, Introduction à l'histoire de notre temps*, T. 3, Éditions du Seuil, 1974

Roche D., *Histoire des choses banales, Naissance de la consommation, 17ème-19ème siècle,* Fayard, 1997

Rochefort R., *La société des consommateurs,* Paris, Odile Jacob, éd. Poche, 2001

Sirinelli J-F. et Rioux J-P., *La culture de masse en France,* Paris, Fayard, 2002.

Smith A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations,* trad. Ph. Jaudel et al., Economica, 2002

Tocqueville (de) A., *De la démocratie en Amérique*, éd. Garnier-Flammarion, préf. F. Furet, 1981

Troper M., *La philosophie du droit,* 3ème éd. « Que sais-je », PUF, 2011

Wolff C., *Principes du droit de la nature et des gens,* reprod. M. Formey, Gallica BNF

III – Articles, Chroniques et Notes

Albertini J.-A., *Les mots qui vous engagent, D. 2004,* Chron. 230

Astaix A., *Droit de rétractation : la prestation de service d'hébergement est exclue du dispositif, D. actu.,* 2010

Atias C., *La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé, R.R.J.,* 1983-2, p. 427 et s.

Attuel-Mendes L., *Protection générale et spéciale du consentement en matière de vente d'immeuble à construire, RDI* 2007, p. 379

Aubert de Vincelles C., *Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice, RTD europ.,* 2012, p. 666

Aubert de Vincelles C., *Naissance d'un droit commun des contrats, RTD europ.,* 2012, p. 661

Aynès L., Gautier P.-Y., et Terré F., *Antithèse de l' « entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine), D.* 1997, p. 229.

Baillod R., *Le droit de repentir, RTD civ*., 1984, p. 227

Barmann J., *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel, RIDC,* vol. 13, n° 1, 1961, p.

Bazin E., *Le droit de repentir en droit de la consommation, D.* 2008, p. 3028

Beauchard J., *Remarques sur le code de la consommation,* in *Écrits à Gérard Cornu,* PUF, 1994

Belley J.-G., *La théorie générale des contrats, Pour sortir du dogmatisme,* Les cahiers du Droit, vol. 26, n° 4, 1985, p. 1985 et s.

Bernardeau L., *Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97*, *JCP* G. 2000, p. 623

Bietrix A. et Birbès H., *Vente à domicile et protection des consommateurs, Cah. Dr. De l'entreprise,* I, 1973

Bihl L., *Consommateur défends toi !,* Denoël, 1976

Bihl L., *Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal.* 1974.II.Doct.754.

Biziou M., *La fable des abeilles de Bernard Mandeville, in* Le Point, Hors-séries n° 26, *La pensée des lumières, Les textes fondamentaux,* mars-avril 2010, p. 26.

Boudot M., *La doctrine de la doctrine de la doctrine… : une réflexion sur la suite des points de vue méta - … - juridiques, R.I.E.J* 2007.59, p. 35 et s.

Boyer L., *La clause de dédit, in* Mélanges Raynaud, T. I, Dalloz, 1985

Brabant G., *L'expérience française de codification*, RFD adm. 1994, p. 663

Brun Ph., *Le droit de revenir sur son engagement, Droit et Patrim.* 1998, p. 78

Bureau D., *Remarques sur la codification du droit de la consommation,* D. 1994, chron. P. 291

Calais-Auloy J., *La protection légale et réglementaire du consommateur. Lacunes. Excès,* in *Données Nouvelles pour un droit de la consommation,* 2ème rencontre Université-Entreprise, organisée les 17 et 18 novembre 1972 à Aix-en-Provence par l'Institut de droit des affaires et le Centre de perfectionnement dans l'administration des affaires, Paris, Dalloz, 1974, p. 49

Calais-Auloy J., *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur,* D. 1973, p. 266

Calais-Auloy J., *Les ventes agressives,* D. 1970, chron. p. 37

Carteron V., *Élargissement de la protection de l'acquéreur non professionnel d'un bien immobilier par la loi SRU, AJDI* 2001

Cas G., *La défense du consommateur,* PUF, Que sais-je ?, 1975

Castets-Renard C., *La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats,* D. 2009, p. 1158

Chazal J.-P., *De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1er du code civil, RTD. Civ.,* 2001, 265

Chazal J.-P. et Vincente S., *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil, RTD civ.,* 2000, p. 477

Chopin T., *Benjamin Constant et la souveraineté limitée, in* Le Point, Hors-séries n° 12, *Les textes fondamentaux du libéralisme,* janvier-février 2007, p. 46.

Christianos V., *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D.* Chron. VIII. p. 28 et s

Cornu G., *La protection du consommateur et l'exécution du contrat, in* Association H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 145

Couturier G., *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in Études offertes à J. Flour, Rep. Defr.*1979

Dagorne-Labbe Y., *Une exception au droit de rétractation de l'acquéreur à distance, D.* 2011, p. 802

Damas N., *Sécurisation et rétractation, AJDI,* 2012, p. 809

Deschavanne E. *Devoirs et responsabilité*, *in* Le Point, Hors-séries n° 10, *Les textes fondamentaux de la philosophie moderne,* septembre-octobre 2006, p. 58.

Delpech X., *Vers un nouveau renforcement des droits des consommateurs, D.* 2011

Detraz S., *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, Contrats, Conc., Consom.* 2002, p. 7

Doll P.-J. et Guérin H., *Le démarchage et la vente à domicile, JCP.* 1973, I, 2524

Dondero B., *Le nouveau régime du démarchage bancaire et financier : LPA* 14 novembre 2003, p. 39

Doyere J., *Le combat des consommateurs,* éd. du Cerf, 1975

Duranton G., *La protection du courtier matrimonial, RDC* 2007, n° 381 et s.

El Moktar B., *De l'information et de la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JCP. éd. CI,* 1978. Études et commentaires, 12845

Fabre R., *Analyse de l'article 15 de la loi Doubin, Cah. Dr. entrepr*., 4-1990

Fages B., *Effets du droit de rétractation, RTD. civ.,* 2008, p. 293

Fauvarque-Cosson B., *Quelle protection des consommateurs pour demain ? la Commission hésite et consulte, D.* 2007, Chron. 956

Ferrier D., *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D.* 1980, chron. p. 180

Forray V., *Ambivalences en droit de la consommation, Remarques sur les effets de l'écriture du droit, Juris. Rev. Crit*., 20(3), 2013, p. 971 et s.

Forray V., *L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats, Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats, RTD civ.,* Avril-Juin 2012, p. 231 et s.

Forray V., *Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat, in Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats,* Quezel-Ambrunaz C. (sous la dir.), UDS, CDPPOC, 2012, p. 233 et s.

Françon A., *Rapport sur la protection du consommateur dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit français, in La protection des consommateurs,* Trav. Ass. H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 117

Frison-Roche M.-A., *Rapport de synthèse du colloque sur l'échange des consentements, RJ com.*, novembre 1995

Gavalda G., *L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (commentaire de la loin° 78-22 du 10 janvier 1978), D. 1978, Chron.* p. 189

Ghestin J., *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil,* Mélanges Weill, 1983

Gobert M., *Le temps de penser de la doctrine, in* Droits, « Doctrine et recherche en droit », 1995, p. 97 et s.

Godé P., *obs. RTD civ.* 1978, p. 438

Goubeaux G., *Il était une fois… la Doctrine, A propos du livre de Ph. Jestaz et C. Jamin, RTDciv.,* Avril/Juin 2004, p. 239 et s.

Granier J.-M., *Le code la consommation, Revue Conc. consom.,* 1994, n° 77, p. 53

Greiner Ph., *L'acte d'écriture en droit canonique,* Semaine méthodologique de l'école doctorale de l'institut catholique de Paris, 8 octobre 2013

Humann C., *La spécificité de la clause de dédit, RDI,* 1997, p. 169 et s.

Jacob R., *Doctrine et culture nationale. La naissance de la littérature juridique en langue populaire en France et en Allemagne, Droits,* 20, 1994

Jaume L., *Le libéralisme à l'épreuve du pouvoir, in* Le Point, Hors-séries n° 12, *Les textes fondamentaux du libéralisme,* janvier-février 2007, p. 43.

Jeanprete R., *Le droit de repentir, Revue de droit suisse* 1979, p. 33 et s.

Jestaz Ph., *Genèse et structure du champ doctrinal, D.* 2005, p. 19

Jestaz Ph., *Le déclin de la doctrine ?,* Droits, « Doctrine et recherche en droit », 20, 1994, p. 85 et s.

Jestaz Ph. et Jamin C., *L'entité doctrinale française, D.* 1997, p. 167

Kacenelenbogen E., *Friedrich von Hayek et l'ordre marchand spontané, in* Le Point, Hors-séries n° 12, *Les textes fondamentaux du libéralisme,* janvier-février 2007, p. 70.

Laurent A., *Le néolibéralisme en quête d'équilibre, in* Le Point, Hors-séries n° 12, *Les textes fondamentaux du libéralisme,* janvier-février 2007, p. 65.

Lavaud-Legendre B., *La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, Rev. Dr. San. Et soc.* 2010, p. 520

Le Doujet-Thomas F., *L'ordonnance du 23 août 2001 portant transposition du de la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance : une erreur de perspective ?, Contrats, Conc., Consom.* 2002, p. 4

Legrand V., *Consommateurs et délais de repentir : crédit à la consommation, vente à distance ou démarchage, comment s'y retrouver ?, LPA* 2010, n° 196, p. 7

Le Tavernier B., *Comparaison internationale des délais de rétraction et de réflexion prévus par les règlementations relatives à la protection du consommateur, Rev. Conc. Consom.,* 1995, p. 72

Leveneur L., *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs : recul de la protection des acheteurs en France, Contrats, Conc. Consom*., 2009, repère 8

Lochak D., *La neutralité dogmatique : mythe ou réalité ? L'impossible neutralité », in Théorie du droit et science*, *Varii auctores,* dir. P. Amselek, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 293 et s.

Malinvaud Ph., *La protection du consommateur, D.* 1981, chron. 49

Martin D., *Le consommateur abusif, D.* 1987, chron. p. 150

Martin D., *La défense des consommateurs à crédit (commentaire de la loin° 78-22 du 10 janvier 1978), RTD. Com.,* 1977, p. 619

Matsopoulo H., *Le démarchage bancaire et financier : Rev. Dr. Banc. Et fin.* 2003, p. 379

Mélonio F., *Alexis de Tocqueville et la démocratie participative, in* Le Point, Hors-séries n° 12, *Les textes fondamentaux du libéralisme,* janvier-février 2007, p. 52.

Miaille M., *La critique du droit, Dr. Et Soc.,* 20/21-1992, p. 75 et s.

Morvan P., *La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin), D.* 2005, n° 35

Mousseron J.-M., *La durée dans la formation des contrats,* Mélanges Jauffret, 1974, p. 522

Nguyen-Thanh D., *Techniques juridiques de protection des consommateurs,* INC, 1970

Paisant G., *Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? Proposition de directive du 8 octobre 2008 :* JCP G 2009, I, 118

Paisant G., *La rétractation du consommateur en droit français, in* E. Terryn, *Le droit de rétractation, Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge,* Contrats & Patrimoine, éd. Larcier, 2008, p. 63

Paisant G., *Essai sur la notion de consommateur en droit positif,* JCP 1993.I.3655

Paisant G., *La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le « télé-achat »,* JCP G. n° 38, 1988, I 3350

Passa J., *Commerce électronique et protection du consommateur, D.* 2002, p. 555

Penneau A., *Contrat électronique et protection du cybercontractant, du Code de la consommation au Code civil, LPA.* 13 mai 2004, n° 93, p. 3

Picod Y., *Définition des notions de consommateurs et de professionnels, in Réponses françaises au livre vert sur le droit européen de la consommation, Soc. Legisl. Comp.,* 2007

Pimont S., *Critiques des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français, R.J.T,* 44-3, 2010

Pimont S., *Peut-on réduire le droit en théories générales ?, RTDciv.,* 2009, p. 417 et s.

Pizzio J.-P., *Le droit de la consommation à l'aube du 21ème siècle, Bilan et perspectives, in Liber Amicorum Jean Calais-Auloy,* Dalloz, LGDJ, 2004

Pizzio J.-P., *La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, D.* 1992, p. 181

Pizzio J.-P., *Introduction de la notion de consommateur en droit positif, D.* 1982, chron. 91

Pizzio J.-P., *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, *RTD. Civ.* 1976, p. 66

Poissonnier G., *Interdiction et sanction du déblocage prématuré des fonds en droit du crédit à la consommation, D.* 2010, p. 2210

Poissonnier G., *Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation, Contrats, Conc. Consom.,* n° 5, mai 2009, étude 5

Pomart-Nomdedeo C., *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité, RTD. Civ,* 2010, p. 209

Raymond G., *Libéralisme et consommateurs,* Contrats, conc. conso., 2009, repère 10

Raymond G., *Bienvenue au Code de la consommation : Contrats conc. consom.* Août-septembre 1993. Chron. p. 1

Raynard J-V., *De l'influence communautaire et internationale sur le droit des contrats : quand une directive réglemente les contrats à distance conclus avec les consommateurs, matière déjà amplement pourvue par le Code de la consommation : RTD civ.,* 1997, p. 1015

Raynaud J-L, *À propos du Code de la consommation, Gaz. Pal.* 1994, 1, doct., p. 181

Rémy Ph., *La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept, RTD civ.,* 1997, p. 323.

Revet T., *Les différentes ventes, in Colloque : Faut-il retarder le transfert de propriété,* JCP E. 1995, Cah. Dr. Entr., 1995-5

Rivero J., *Apologie pour les « faiseurs de systèmes »*, *D.* 1951, 26ème cah., chron. p. 99 et s.

Rouhette G., *« Droit de la consommation » et théorie générale du contrat, in* Mélange R. Rodière, 1982, p. 247 et s.

Roussille M., *Démarchage et services financiers à distance : quelle protection pour le consommateur ?, Contrats, Conc., Consom.* 2010, p. 16

Sériaux A., *La notion de doctrine juridique,* Droits, « Doctrine et recherche en droit », 1995, p. 65 et s.

Steiner P., *Jean-Baptiste Say : État et liberté des échanges*, *in* Le Point, Hors-séries n° 12, *Les textes fondamentaux du libéralisme,* janvier-février 2007, p. 50.

Stoffel-Munck Ph., *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, RTD com.,* 2013, p. 705

Stoufflet J., *La protection du consommateur, in* Mélanges E. de Lagrange (1978), p. 227

Tallon D., *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, RTD civ.,* 1994, p. 223

Trochu M., *La protection du consommateur en matière de contrat à distance ; directive n° 97/7/CE du 20mai 1997 : D.* 1999, Chron. P. 179

Vassaux-Vanoverschelde J., *L'amélioration de la protection des consommateurs par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989, D.* 1990, p. 51

Whittaker, *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de « l'harmonisation complète »* : *D.* 2009, p. 1152

IV – Jurisprudences et commentaires

CJUE, 15 avril 2010 : *Comm. Com. Electr.* 2010, comm. 125, note Stoffel-Munck ; *JCP* G 2010, 773, note Paisant ; *Contrats. Conc. Consom.,* 2010, comm. 195, note Raymond

CJCE, 3 septembre 2009 : *JCP* E 2009, 2168, note Rousset ; *JCP* G 2009, 459, note Paisant ; *Europe* 2009, comm. 436, note Idot ; *Comm. Com. Electr.* 2010, comm. 64, note Stoffel-Munck

CJCE, 10 mars 2005 : *JCP* G 2005, II, 10069, note Zarka ; *Europe* 2005, comm. 179, note Idot ; *RJDA* 7/2005, n° 800

Cass. 1ère civ., 25 novembre 2010, *D. actu.,* 16 décembre 2010, n° 09-70.833, note Astaix

Cass. 1ère civ., 25 juin 2009, *JurisData* n° 2009-048983 ; *Contrats. Conc. Consom.* 2009*,* comm. 300

Cass. 1ère civ., 2 avril 2009, *Contrats. Conc. Consom.,* 2009, comm. 182, note Raymond

Cass. 1ère civ., 18 février 2009 : *D.* 2009, p. 1179, note Lasserre Capdeville

Cass. 1ère civ., 3 juillet 2008, *Contrats, conc. consom.,* 2008, comm. 283 ; *Dr. pén.* 2008*,* comm. 143, obs. Robert ; *D.* 2008, p. 1991, obs. Gallmeister

Cass. 1ère civ., 17 janvier 2008, *Contrats conc. Consom.,* 2008, comm. 119

Cass. 1ère civ., 30 octobre 2007 : *D.* 2008, p. 256, note Bazin

Cass. 1ère civ., 2 octobre 2007 : *Contrats. Conc. Consom.,* 2008, comm. 29

Cass. 1ère civ., 12 juillet 2007 : *JurisData* n° 2007-240156 ; *Contrats, conc. Consomm.,* 2007, comm. 284

Cass. 1ère civ., 16 janvier 2007, n° 06-13983 ; *RTD civ.,* 2007, p. 342, obs. J. Mestres et B. Fages ; *D.* 2007, p. 1119, note Olivier Gout ; *D.* 2007, p. 2966, note S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson

Cass. 1ère civ., 26 septembre 2006 : *JurisData* n° 2006-035194 ; *Contrats. Conc. Consom.* 2006, comm. 253

Cass. 1ère civ., 12 juillet 2006 : *Bull. civ.*2006, I, n° 397 et 398 ; *Contrats. Conc. Consom.* 2007, comm. 38

Cass. 1ère civ., 7 décembre 2004 n° 1805 : *RJDA* 1/06 n° 71

Cass. 1ère civ., 26 novembre 2002 : *Bull. civ.* 2002, I, n° 290 ; *JurisData* n° 2002-016552 ; *Contrats, conc. consom.,* 2003, comm.. 80, 1er esp.

Cass. 1ère civ., 29 octobre 2002 :*Bull. civ.* I*,* n° 256*, Contrats. Conc. Consom.,* 2003, comm. 18, note Raymond ; *JCP* G 2002, IV, 2999 ; *RJDA 3/2003,* n° 329 ; *RTD com.* 2003, p. 357, note Bouloc

Cass. 1ère civ., 13 janvier 1998 : *JurisData* n° 1998-000262 ; *Contrats. Conc. Consomm.* 1998, comm. 62

Cass. 1ère civ., 18 juin 1996, n° 94-15.121, *Bull. civ.,* I, n° 263 ; *RJDA* 1996, n° 1550

Cass. 1ère civ., 9 mai 1996, *Bull. civ.,* I, n° 197 ; *JCP* E. 1996, pan. 758 ; *JCP* G, IV, 1440 ; *Contrats, conc. consom.,* 1996, comm. 117, note Raymond ; *RTD com.,* 1997, p. 132, obs. Bouloc

Cass. 1ère civ., 13 février 1996 : *JurisData* n° 1996-000958

Cass. 1ère civ., 6 février 1996 : *Contrats. Conc. Consomm.* 1996, comm. 65 ; *JCP* G 1996, IV, n° 730

Cass. 1ère civ., 28 novembre 1995 : *Contrats. Conc. Consom.,* 1996, comm. 34

Cass. 1ère civ., 10 juillet 1995 : *Contrats, conc., consom.,* 1995, comm. 194

Cass. 1ère civ., 21 février 1995 : *Bull. civ.* 1995, I, n° 98 ; *JCP* G 1995, IV, n° 972 ; *Contrats, conc. Consom.,* 1995, comm. 112

Cass. 1ère civ., 30 mars 1994 : *JCP* G 1994, II, 22302 ; *D.* 1994, somm. P. 235 obs. G. Paisant

Cass. 1ère civ., 16 mars 1994 : *RJDA* 6/94 n° 723 ; *Contrats. Conc. Consom.,* 1994, comm. 152

Cass. 1ère civ., 23 juin 1993 : *Contrats. Conc. Consom.,* 1993, comm. 2002 ; *Bull. civ.* 1993, I, n° 232 ; *RTD com.* 1994, p. 338, obs. Bouloc

Cass. 1ère civ., 3 mars 1993 : RJDA 10/93 n° 848

Cass. 1ère civ., 3 janvier 1993, *D.* 1993.5.237, obs. Paisant

Cass. 1ère civ., 6 janvier 1993 : *Bull. civ.,* 1993, I, n° 4 ; *D.* 1993, somm. P. 237, obs. Paisant ; *Contrats, conc. consom.,* 1993, comm. 62

Cass. 1ère civ., 10 juin 1992, *CCC* 1992, obs. Raymond

Cass. 1ère civ., 19 mai 1992 : *Contrats. Conc. Consom.* 1992, n° 189, obs. Leveneur

Cass. 1ère civ., 31 mai 1988 : *JCP* G 1988, IV, 277 ; *Bull. civ.* 1988, I, n° 166 ; *D.* 1988, somm. p. 405*,* obs. Aubert

Cass. 1ère civ., 27 octobre 1976 : *Bull. civ.* 1976, I, n° 312

Cass. 1ère civ., 18 juin 1974, *Bull. civ.,* I, n° 198

Cass. 1ère civ., 30 juin 1965, *Bull. civ.,* I, n° 437

Cass. 3ème civ., 13 février 2008 : *JCP* E 2008, n° 2094, note Stoffel-Munck

Cass. 3ème civ., 31 janvier 1984, *Bull. civ.,* III, n° 21

Cass. 3ème civ., 8 octobre 1980, *Bull. civ.,* III, n° 154, *D.* 1981, inf. rap., p. 441, obs. Audit

Cass. Civ., 28 janvier 1941, *S.* 1941.1.60

Cass. Civ., 25 avril 1936, *DH* 1936.331

Cass. Civ., 26 février 1896, *S.* 97.1.187

Cass. Com., 9 juin 2009, n° 08-11420 ; *RDC* 2009/4, 1345, obs. D. Mazeaud

Cass. Com., 10 mai 1994, *D.* 1995, somm., p. 89, obs. D. Mazeaud

Cass. Com., 3 décembre 1985, *Bull. civ.,* IV, n° 286, *RTD civ* 1986.745, obs. Mestre

Cass. Com., 23 octobre 1984, IV, n° 279 ; *JurisData* n° 1984-001699

Cass. Crim., 27 juin 2006, *D.* 2007. 484, note Bazin

Cass. Crim., 7 décembre 1999, n° 99-82.895, *Rev. Lam. Dr. Aff.* 2000, n° 1626, obs. Storrer ; *Contrats conc. Consom.,* 2000, comm. 134

Cass. Crim., 26 octobre 1999 : *JCP* E. 200.804, note Robert

Cass. Crim., 28 octobre 1998 : *Bull. crim.* 1998, n° 280

Cass. Crim., 10 janvier 1996 : *D. affaires* 1996, p. 577

Cass. Crim., 18 septembre 1995 : *JCP* E 1996, pan. 46

Cass. Crim., 21 septembre1994 : *JCP* E 1995, pan. 11

Cass. Crim., 14 février 1991 : RJDA 4/91 n° 343

Cass. Crim., 19 novembre 1990 : *Dr. Pén.* 1991, comm. 82

Cass. Crim., 5 octobre 1987, n° 86-92.194, *Gaz. Pal.* 1988, 1, jur., p. 307, *Rev. Sc. Crim.* 1989, p. 132, obs. Pradel

Cass. Crim., 16 décembre 1986 : *D.* 1987, somm. P. 457 ; *RTD com.* 1988, p. 113

Cass.Crim., 14 juin 1984 : *Bull. Crim.* 1984, n° 223

Cass. Crim., 6 mars 1984, n° 83-90.469, *Bull. crim.,* n° 89 ; *D.* 1984, jur. P. 552, note Pizzio

Cass. Crim., 4 janvier 1982 : *D.* 1982, inf. rap., p. 163

CA Agen, 18 février 1993 : *Contrats, conc. consom.,* 1993, comm. 165

CA Aix-en-Provence, 30 avril 2008, *Contrats. Conc. Consom.,* 2008, comm. 262, note Raymond

CA Bordeaux, 11 avril 1995 : *JurisData* n° 1995-051298

CA Chambéry, 5mai 2009 : *Contrats, conc. Consomm.,* 2009, comm. 298

CA Chambéry, 10 février 1998 : *JCP* G 1998, IV, 2825

CA Dijon, 24 mai 2005 : *Contrats, conc. consom.,* 2005, comm. 214

CA Douai, 29 juin 2000 : *JCP G* 2001, IV, 2543

CA Grenoble, 24 janvier 2002 : *Contrats, conc. consom.,* 2002, comm. 150

CA Grenoble, 27 septembre 1999 : *Contrats, conc. consom.,* 2000, comm. 88, 2ème esp.

CA Lyon, 24 juin 2004 : *Contrats, conc., consom.,* 2005, comm. 21

CA Metz, ch. Civ. 3 décembre 1992, *Contrats, Conc., Consom.,* 1993, comm. 144

CA Paris, 2ème ch. B, 23 novembre 2006 : *Contrats, conc. consom.,* 2007, comm. 110 ; *JurisData* n° 2007-321808

CA Paris, 11 mars 2002 : *RJDA* 8-9/02, n° 948

CA Paris, 7 novembre 2001 : *RJDA* 2002, n° 319

CA Paris 8ème ch. D, 5 septembre 2001 : *JurisData* n° 2001-152770 ; *Contrats, conc., consom.,* 2002, comm. 86

CA Paris, 2 octobre 2000 : *Contrats, conc. Consomm.,* 2001, comm. 63

CA Paris, 27 novembre 1997 : *RJDA* 1998, n° 224

CA Paris, 13ème ch., A, 20 février 1995 : *Contrats conc. Consom.,* 1995, comm. 96

CA Paris, 8ème ch., 30 janvier 1992 : *Contrats, conc. consom.,* 1992, n° 125

CA Paris, 9ème ch., 14 octobre 1989 : *JurisData* n° 1989-027226

CA Paris, 13ème ch., 13 octobre 1989 : *JurisData* n° 1989-025256

CA Pau, 28 janvier 1993, *JCP* G 1993, IV, p. 101, n° 14

CA Poitiers, 9 septembre 2008 : *JurisData,* n° 2008-008284

CA Rennes, 18 décembre 2009 : *JurisData* n° 2009-021892

CA Riom, 15 janvier 2009 : *JurisData* n° 2009-000090 ; *Contrats, conc., consom.,* 2009, comm. 121

CA Riom, 22 juin 2006 : *JurisData,* n° 2006-313445

CA Rouen, 17 décembre 2008 : *Contrats. Conc. Consom.,* 2009, comm. 238, note Raymond

CA Rouen, 19 mai 2005, *Contrats. Conc. Consom.,* 2005, comm. 176.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE **4**

Introduction **1**

Partie 1 ..... **14**

La tension du droit des contrats entre l'engagement contractuel civiliste et le desengagement contractuel consumériste **14**

Titre 1 La configuration du desengagement contractuel par le droit de la consommation **18**

Chapitre Premier Étude analytique : le desengagement contractuel en droit de la consommation 22

Section 1 La possibilité d'un désengagement dans certains procédés de vente 23

§ 1. Le désengagement en matière de démarchage 24

A. Le démarchage en droit de la consommation 24

B. Description du dispositif technique octroyant au consommateur démarché la possibilité de se désengager 33

1. Le désengagement dans le « droit commun » du démarchage 33

2. Le désengagement dans le « droit spécial de la consommation ». 37

§ 2. Le désengagement en matière de contrats à distance 39

A. Le désengagement dans le droit commun des contrats à distance 40

B. Le désengagement prévu spécialement pour certains contrats à distance 43

Section 2 La possibilité de se désengager dans des contrats de consommation spécifiques 46

§ 1. Le désengagement en matière de crédit à la consommation 47

A. Approche globale du crédit à la consommation 47

1. Notion de crédit à la consommation 48

2. Sphère d'influence des règles régissant le crédit à la consommation 51

B. Le dispositif technique relatif au désengagement en matière de crédit à la consommation 52

§ 2. Le désengagement dans les contrats spécifiques intéressants les consommateurs 55

A. Le désengagement dans les contrats intéressants le logement du consommateur 55

1. Achat d'un logement et possibilité de revenir sur son engagement 56

2. Le désengagement dans les contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé 59

B. Les prestations de service spécialement réglementées, et contenant un dispositif de désengagement 61

1. Désengagement et courtage matrimonial 61
2. Le désengagement en matière de contrat d'enseignement 63
Chapitre 2 Étude historique : Le droit de la consommation en tant que droit de la société de consommation 65
Section 1 Les origines de la société de consommation 67
§ 1. Les métamorphoses des 18ème siècle ou le cap vers la société de consommation 68
A. Éléments matériels caractérisant la rupture 68
B. Éléments intellectuels de la rupture 72
§ 2. Les révolutions du 19ème siècle ou l'accélération de la marche vers la société de consommation 78
A. La révolution démographique 78
B. La révolution des transports et de l'industrie 81
C. La révolution intellectuelle 89
D. La révolution des grands magasins 96
Section 2 Le 20ème siècle ou la marche ultime vers la société de consommation 100
§ 1. La première moitié du 20ème siècle ou l'impossibilité de l'ancrage de la société de consommation 101
§ 2. De la mise en place à l'hégémonie de la société de consommation pendant la seconde moitié du 20ème siècle et mise en relation avec le phénomène du désengagement 109
A. La mise en place du système de à la sortie de la seconde guerre mondiale 110
1. La résurrection de la pensée libérale au lendemain de la seconde guerre mondiale 112
2. Le plan Marshall ou la pénétration d'un modèle économique dans l'Europe de l'après guerre 116
B. Contexte d'apparition de la société de consommation conséquences sur le droit de la consommation 118
1. Les épisodes marquant l'entrée dans une société de consommation en masse 118
2. Objectifs et raison d'être du droit de la consommation en tant que droit de la société de consommation 128
a. Le droit de la consommation : un droit protecteur 129
b. Le droit de la consommation : un droit régulateur 131
Titre 2 L'organisation de l'engagement contractuel par le droit civil 134
Chapitre préliminaire Éléments de définition 136
Chapitre premier La parole donnée en-gage 140
Section 1 La fidélité à la parole donnée ; des origines de la règle à sa consécration dans le code civil 141
§ 1. Analyse du principe civiliste du respect de la parole donnée à la lumière de ses sources 142
A. La création du principe *Pacta sunt servanda* par les canonistes 142

1. Les fondements religieux de la règle *Pacta sunt servanda* 143
2. La pénétration de *Pacta sunt servanda* dans le droit Canon 147
B/ La reprise de ce principe par les juristes à partir du 16ème siècle 148
1. La consécration du principe dans les *Institutes coutumières* de Loysel 149
2. Les lois civiles de Domat, la reprise du principe 151
3. Les traités de Pothier ou l'ancrage du principe 154
§ 2. Le Code civil, un projet de « civilisation » fondé sur le respect des engagements 157
A. Le contexte de la codification où l'influence d'un rationalisme au service du respect des promesses 157
1. L'influence du droit de la nature et des gens, le droit déduit de la morale 158
2. Le droit civil imprégné par le rationaliste Kantien 161
B. Les éléments au soutien de l'idée selon laquelle le Code civil est un projet de civilisation .. 164
1. Le discours des rédacteurs à l'égard du Code, témoin d'un projet civilisateur 164
2. Le principe de force obligatoire légitimé par le « vivre-ensemble » 168
a. Les justifications classiques s'agissant du respect de la parole donnée 168
b. Mise en lumière des raisons « inavouables » 171
Section 2 L'évolution du principe du respect de la parole donnée en gage après 1804 174
§ 1. Évolution du principe de la parole donnée en gage au cours des 19ème et 20ème siècles 175
A. La parole donnée en gage dans la pensée de l'exégèse 175
B. Le respect des promesses au sein de l'École scientifique 179
§ 2. La place du principe du respect de la parole donnée au sein du droit contemporain 184
Chapitre 2 La mise en gage du patrimoine 189
Section 1 Analyse objective du droit de gage général 190
§ 1. Théorie du patrimoine et droit de l'engagement 191
§ 2. Théorie de la monnaie et le droit de l'engagement 194
Section 2 Analyse subjective du droit de gage général 196
§ 1. Les règles relatives à la protection du créancier dans le droit de l'engagement avant l'exécution par le débiteur de son obligation 197
A. Les règles protectrices du créancier au sein d'un droit de l'engagement 198
1. Le droit de gage général du créancier 198
2. Les prérogatives attachées au droit de gage général 202
a. Action oblique et densification de la masse d'actif en gage 202
b. Action paulienne et préservation du gage du créancier 204
c. Les saisies conservatoires en tant que garantie de l'exécution de la promesse 205
B. Les limites de la protection du créancier 207
§ 2. Les sanctions à l'inexécution des obligations nées d'un contrat, illustration parfaite d'un droit de l'engagement 209
A. La satisfaction du créancier et la personne du débiteur 212
B. La satisfaction du créancier et le patrimoine du débiteur 215

Conclusion de la première partie 221

Partie 2 223

La reception doctrinale de la tension entre L'engagement contractuel civiliste et le desengagement contractuel consumériste 223

Titre 1 L'unité de la réception doctrinale 226

Chapitre 1 L'occultation matérielle 228

Section 1 La dissimulation du désengagement dans les ouvrages consacrés à la théorie générale du contrat 229

Section 2 L'indifférence des ouvrages consacrés au droit de la consommation vis-à-vis de l'engagement contractuel 236

Chapitre 2 Une occultation intellectuelle 239

Section 1 L'occultation par le travail des justifications des dispositifs 240

§ 1. L'élaboration d'une conception du droit de la consommation fondée sur l'idée de protection des consommateurs avant 1993 241

§ 2. Vers l'hégémonie de cette conception au sein de la doctrine française après 1993 248

A. Le contexte d'adoption du code de la consommation témoin d'une réflexion centrée sur l'idée de protection du consommateur 248

B. Le droit de la consommation et le désengagement aujourd'hui réduits à une dimension de protection des consommateurs 252

Section 2 L'occultation par le travail sur la nature des dispositifs 260

§ 1. Problèmes de terminologie liés à la notion de désengagement contractuel 262

A. La diversité des termes désignant un seul et même phénomène 262

B. La distinction entre les délais de réflexion et les droits de rétractation 263

1. Points communs entre délais de réflexion et droits de rétraction 264

2. Fondement de la distinction entre les délais de réflexion et les droits de rétractation 266

§ 2. Articulation du désengagement avec la théorie générale du contrat 267

A. Les droits de repentir intégrés au stade de la formation du contrat 268

B. Les droits de repentir intégrés dans la phase de l'exécution du contrat 272

Titre 2 La critique de la réception doctrinale 278

Chapitre 1 Au Fond 279

Section 1 Maintenir la spécificité du droit de la consommation 280

§ 1. Un discours réducteur du point de vue des croyances fondant le droit de la consommation 281

A. Une conception réductrice s'agissant des acteurs du droit de la consommation 282

1. De la prétendue faiblesse des consommateurs 282

2. De la prétendue supériorité des professionnels 285

B. Le droit de la consommation et les mécanismes de désengagement : d'une conception de protection à une conception de régulation 287

1. Le droit de la consommation dans sa dimension régulatrice du marché 288
2. Les dispositifs de désengagement : des mécanismes juridiques garantissant au consommateur l'effectivité de son droit de choisir 295
Section 2 Préserver l'intégrité de la théorie générale du contrat 301
§ 1. L'impossible intégration du désengagement à la théorie générale du contrat 302
§ 2. Le problème de la hiérarchie entre la théorie générale et le droit de la consommation 309
A. Une hiérarchie critiquable 310
B. Illustration de cette hiérarchie en matière de désengagement 314
Chapitre 2 En la méthode 318
Section 1 La doctrine et la constitution scientifique du droit 323
§ 1. Le temps de l'exégèse : un contexte favorable à l'unification du corps doctrinal 325
§ 2. La constitution d'un corps doctrinal homogène à l'époque de l'école scientifique 329
Section 2 La doctrine et la dogmatique juridique 338
§ 1. Retour sur la méthode dogmatique en tant qu'activité principale de la doctrine en France 339
A. Les outils du dogmaticien, éléments constitutifs du discours doctrinal 339
B. L'œuvre du dogmaticien 343
§ 2. L'occultation d'une tension au sein du droit des contrats : un effet inéluctable de cette activité 350
Conclusion de la deuxième partie 362
Conclusion générale 364
Bibliographie 368
I – Ouvrages juridiques 368
II – Ouvrages extra-juridiques 378
III – Articles, Chroniques et Notes 382
IV – Jurisprudences et commentaires 393
Table des matières 401