



HAL
open science

Le petit professionnel dans ses rapports contractuels

Davy Huet

► **To cite this version:**

Davy Huet. Le petit professionnel dans ses rapports contractuels. Droit. Université Clermont Auvergne [2017-2020], 2020. Français. NNT : 2020CLFAD005 . tel-03148219

HAL Id: tel-03148219

<https://theses.hal.science/tel-03148219>

Submitted on 22 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES ÉCONOMIQUES,
JURIDIQUES, POLITIQUES ET DE GESTION
Université Clermont Auvergne

École Doctorale des Sciences Économiques, Juridiques, Politiques et de Gestion
Centre Michel de L'Hospital (CMH, EA 4232)

LE PETIT PROFESSIONNEL DANS SES RAPPORTS CONTRACTUELS

Thèse présentée et soutenue publiquement le **29 juin 2020**
pour l'obtention du titre de Docteur en droit

par

Davy HUET

Sous la direction de Monsieur le Professeur Frédéric BUY
et de Monsieur le Professeur Julien THÉRON

Membres du Jury

Madame Irina PARACHKÉVOVA

Professeur à l'Université Nice Côte d'Azur (*Rapporteur*)

Madame Laura SAUTONIE-LAGUIONIE

Professeur à l'Université de Bordeaux (*Rapporteur*)

Madame Farah SAFI

Professeur à l'Université Clermont-Auvergne (*Présidente*)

Monsieur Frédéric BUY

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (*Directeur de thèse*)

Monsieur Julien THÉRON

Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole (*co-Directeur de thèse*)

*L'Université Clermont Auvergne n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.
Celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

Remerciements

*J'exprime ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur Frédéric BUY
et à Monsieur le Professeur Julien THÉRON, pour avoir dirigé mes recherches
et pour les avoir encadrées avec bienveillance.*

*Je remercie également l'ensemble des membres de mon jury pour avoir lu mes travaux
et pour le temps qu'ils ont consacré à l'évaluation de mon travail.*

*Toute ma reconnaissance va au Centre Michel de l'Hospital, à l'École de droit
et à l'Université Clermont Auvergne pour m'avoir fait confiance.*

*Je tiens aussi à remercier les membres de ma famille pour leur soutien,
Jennifer, Maëly et Éline pour leur patience,
mes parents, Gwenaël et Joseph pour leur aide précieuse,
tout particulièrement ma maman pour ses relectures assidues et avisées.*

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A

Adde	Ajouter.
Aff.	Affaires.
AJCA	Actualité Juridique Contrats d'Affaires, Concurrence, Distribution.
AJ Contrat	Actualité Juridique Contrat.
Al.	Alinéa.
APD	Archives de Philosophie du Droit.
Art.	Article.
Ass. plé.	Assemblée plénière.
Aut. conc.	Autorité de la concurrence.

B

Bibl.	Bibliothèque.
Bull.	Bulletin.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.
Bull. Joly soc.	Bulletin Joly sociétés.

C

Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise.
Cass.	Cour de cassation.
C. ass.	Code des assurances.
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C. consom.	Code de la consommation.
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime.
C. trav.	Code du travail.

CA	Cour d'appel.
CCC	Contrats, Concurrence, Consommation.
CCE	Communication – Commerce Électronique.
CCI	Chambre du Commerce et de l'Industrie.
CCR	Cadre commun de référence.
CE	Conseil d'État.
CEC	Code européen des contrats.
Chron.	Chronique.
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation.
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (ancienne dénomination).
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne.
Coll.	Collection.
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Comm.	Commentaire.
Comp.	Comparer.
Cons. conc.	Conseil de la concurrence (ancienne dénomination).
Cons. const.	Conseil constitutionnel.
Constr.-Urb.	Revue Construction – Urbanisme.
Contra	Solution ou opinion contraire.
Coord.	Sous la coordination de.
D	
D.	Dalloz. (Recueil).
DCEV	Projet de droit commun européen de la vente.
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference.</i>
Décr.	Décret.
DH	Dalloz (Hebdomadaire).
DGCCRF	Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.
Dir.	Sous la direction de.
Doctr.	Doctrine.
Dr. et patr.	Droit et patrimoine.
Dr. Soc.	Droit social.

E

EC	<i>European Contract.</i>
Éd.	Édition.
Égal.	Également.
ELR	<i>European Law Review.</i>
Eod. loc.	<i>Eodem loco</i> , au même endroit.

F

Fasc.	Fascicule.
-------	------------

G

GAJC	Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.

I

Ibid.	<i>Ibidem</i> , au même endroit.
In	Dans.
Infra	Ci-dessous.

J

JCL	<i>Journal of Contract Law.</i>
JCP E.	Jurisclasseur Périodique, édition Entreprise et Affaires.
JCP G.	Jurisclasseur Périodique, édition Générale.
JCP N.	Jurisclasseur Périodique, édition Notariale et Immobilière.
JDI	Journal du Droit International privé (Clunet).
JORF	Journal Officiel de la République française.
JOUE	Journal Officiel de l'Union européenne.
JOCE	Journal Officiel de la Communauté européenne.
Jur.	Jurisprudence.

L

LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
Lim.	Liminaire.

LPA	Les Petites Affiches.
N	
n°	Numéro.
not.	Notamment.
nouv.	Nouveau.
O	
Obs.	Observations.
Op. cit.	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité.
Ord.	Ordonnance.
ouvr.	Ouvrage.
P	
p.	Page.
pan.	Panorama de jurisprudence.
PDEC	Principes du Droit Européen du Contrat.
PME	Petite(s) et Moyenne(s) Entreprise(s).
Préc.	Précité(e).
Préf.	Préface.
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
PUF	Presses Universitaires de France.
PUG	Presses Universitaires de Grenoble.
R	
rapp.	Rapport.
rappr.	Rapprocher.
RCS	Registre du Commerce et des Sociétés.
RDC	Revue Des Contrats.
RDI	Revue de Droit Immobilier.
Rép. Def.	Répertoire Defrénois.
Req.	Chambre des Requêtes de la Cour de cassation.
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives.
Rev. soc.	Revue des Sociétés.

RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé.
RIDE	Revue Internationale de Droit Économique.
RJ Com.	Revue de Jurisprudence Commerciale.
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires.
RLDC	Revue Lamy de Droit Civil.
RLC	Revue Lamy de la Concurrence.
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil.
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit commercial.

S

S.	Recueil Sirey.
s.	Suivant(e)s.
SLC	Société de Législation Comparée.
somm.	Sommaire.
spéc.	Spécialement.
ss.	Sous.
Supra	Au-dessus.

T

t.	Tome.
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
TGI	Tribunal de Grande Instance.
Th.	Thèse.
Traduc.	Traduction.
TUE	Traité sur l'Union européenne.

U

UE	Union européenne.
Univ.	Université.

V

V.	Voir.
V°	<i>Verbo</i> (Voir mot).
Vol.	Volume.

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée se trouve à la fin de l'ouvrage)

INTRODUCTION

PARTIE I

LA CATÉGORIE ORIGINALE DU PETIT PROFESSIONNEL

TITRE I : Le petit professionnel irréductible à l'existant

Chapitre I : Le petit professionnel méconnu par les catégories existantes

Chapitre II : Le petit professionnel insatisfait par les protections existantes

TITRE II : Le petit professionnel aux caractéristiques propres

Chapitre I : L'émergence du petit professionnel dans l'ordre juridique

Chapitre II : La réception progressive du petit professionnel par l'ordre juridique

PARTIE II

LA PROTECTION SPÉCIFIQUE DU PETIT PROFESSIONNEL

TITRE I : L'aménagement des devoirs du petit professionnel

Chapitre I : Les exigences pesant sur le petit professionnel

Chapitre II : L'allègement des exigences pesant sur le petit professionnel

TITRE II : L'aménagement des droits du petit professionnel

Chapitre I : Le renforcement des droits du petit professionnel par des outils substantiels

Chapitre II : La préservation des droits du petit professionnel par des outils processuels

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Le contrat, c'est la rencontre. Il ne peut y avoir d'humanisme sans rencontre, et donc sans contrat. Les bases de l'humanisme, c'est le contrat ».

Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, p. 44.

INTRODUCTION

*« Les sujets de droit sont juridiquement égaux.
On s'en doute, un tel modèle théorique n'est pas tenable
dans la réalité sociale. La société est tissée de liens
de dépendance et de pouvoir »¹.*

1. - **Émulation.** Évoquer « le petit professionnel » n'est pas commun et le qualificatif « petit » associé au terme « professionnel » peut sembler surprenant pour le juriste. Néanmoins, les « small businesses » imprègnent aujourd'hui la société et constituent le nerf de l'économie². Véritables éléments dynamiques de l'innovation et de l'industrie, les petits professionnels sont au cœur des préoccupations politiques actuelles. Leur diversité ainsi que la complexité et les obstacles auxquels ils doivent faire face amènent naturellement à se pencher sur leur étude au sein des relations contractuelles. Rechercher un cadre juridique approprié pour le petit professionnel revient à réfléchir sur sa situation spécifique et les inégalités qu'elle engendre.

2. - **Notion hétéroclite.** La majorité des acteurs économiques sur le marché national et sur le marché européen sont des entrepreneurs, des micro-entreprises, des petites et

¹ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 68.

² Selon le Centre de Documentation Économie-Finances (CEDEF), la France comptait en 2015 3,8 millions de PME, soit 48,3 % de l'emploi salarié réalisant 42,7 % de la valeur ajoutée, ainsi que 15,4 % du chiffre d'affaires à l'exportation. Ces chiffres sont disponibles à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-des-pme>. Plus inquiétantes sont les défaillances des PME qui s'élevaient au nombre de 51 050 en déc. 2019, tandis que celles des entreprises intermédiaires et des grandes entreprises étaient à hauteur de 36 sur la même période : Banque de France, *Stat info. Les défaillances d'entreprises – France – Décembre 2019*, 11 févr. 2020.

moyennes entreprises (PME)³. De prime abord, les petits professionnels semblent se retrouver dans tous ces schémas, de sorte que ni leur place ni leurs difficultés ne peuvent être discutées⁴, et il n'est pas simple de les reconnaître parmi cette multitude de situations⁵. Aussi, de nombreux débats ont été menés sur ces problématiques devenues récurrentes⁶. Les discussions engagées invitent à s'intéresser à la définition du professionnel en général. Existe-t-il une définition unique pour l'ensemble des contractants professionnels ? Existe-t-il des distinctions possibles ? Faut-il rechercher des définitions spécifiques à chacun d'eux ? Sur quels critères ? Le regain d'intérêt du droit pour cette notion apporte un certain éclairage à la situation du petit professionnel et permet d'envisager une nouvelle classification afin de l'identifier. Bien plus, il invite à appréhender la véritable place du petit professionnel dans la société : présent partout, cet acteur apparaît néanmoins délicat à saisir.

3. - **Mythe d'une société idéale.** Dès le milieu du XX^e siècle, les réflexions autour d'une société plus équilibrée ont été menées et la littérature s'est fait l'écho de ces débats. Au travers de la métaphore de l'animal, Georges ORWELL invite à penser un monde où tous les hommes seraient véritablement égaux : « *Faibles ou forts, intelligents ou simples, nous sommes tous frères. [...] Tous les animaux sont égaux* »⁷. L'auteur pose les bases d'une société où chacun devrait se positionner sur un pied d'égalité. Conscient toutefois de l'existence d'inégalités originelles et structurelles, il propose de pallier les écarts susceptibles d'exister entre certains⁸. La conclusion laisse malgré tout un goût amer. Tandis que la société

³ Les PME constituent 99,9% des entreprises en France selon les chiffres du CEDEF (Centre de Documentation Économie-Finances) disponibles sur le Portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>. Elles représentent également 99% des entreprises sur le marché européen, générant pour l'année 2017 la moitié du commerce de biens intra-UE : « Semaine européenne des PME 2017. Les PME dans l'Union européenne génèrent la moitié du commerce intra-UE de biens », Eurostat, *Communiqué de presse*, 177/2017 du 21 nov. 2017.

⁴ Il suffit de songer ici à la crise des petits producteurs du secteur agricole (V. *Le Monde*, 13 août 2019, p. 22 et les débats récurrents, notamment au Parlement, sur le taux de suicide dans le milieu agricole : Question écrite n° 08751 de Madame Marie-Françoise PEROL-DUMONT, *JO Sénat* du 7 févr. 2019, p. 637 et Réponse du Ministère de l'agriculture et de l'alimentation, *JO Sénat* du 7 mars 2019, p. 1262), ou encore à la mutation « *profonde et douloureuse* » du « petit commerce », sur laquelle : G. PARLEANI, « Le « petit commerce » au début du XXI^e siècle », in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 621 et s., spéc. n° 1.

⁵ À prendre le cas spécifique du « petit commerce » en France, il a été mis en évidence sa physionomie « *composite* » afin d'expliquer les difficultés pour le saisir à l'heure actuelle : G. PARLEANI, « Le « petit commerce » au début du XXI^e siècle », préc., spéc. n° 44, p. 641.

⁶ V. not., en matière contractuelle : M. FONTAINE et J. GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996 ; C. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris : Economica, Coll. Études juridiques, 1998.

⁷ G. ORWELL, *La ferme des animaux, Animal Farm*, Gallimard, Collection Folio Bilingue, 2014, p. 37.

⁸ « *Elle-même se fût-elle fait une image du futur, ç'aurait été celle d'une société d'animaux libérés de la faim et du fouet : ils auraient été tous égaux, chacun aurait travaillé suivant ses capacités, le fort protégeant le faible, comme elle avait protégé de sa patte la couvée de canetons* », G. ORWELL, *op.cit.*, p. 175. Il n'est pas

« parfaite » semble avoir pris forme et vie, la réalité tend à reprendre le dessus et rien ne change. C'est alors que « Benjamin, pour une fois consentant à rompre avec ses principes, lut ce qui était sur le mur. Il n'y avait plus maintenant qu'un seul Commandement. Il énonçait : TOUS LES ANIMAUX SONT ÉGAUX MAIS CERTAINS SONT PLUS ÉGAUX QUE D'AUTRES »⁹. Même dans l'imaginaire de la meilleure des sociétés, l'égalité apparaît bien souvent comme une utopie. Existe-il une égalité ? À en croire l'âne Benjamin, il ne s'en rencontre aucune, certains disposant de plus de droits que les autres, les cochons en l'occurrence. Ce n'est, bien sûr, qu'une métaphore littéraire, mais elle a le mérite de démontrer que bien souvent une personne est protégée par abstraction¹⁰. Afin d'éviter de considérer les particularités de tous les individus, il est plus simple et parfois essentiel d'idéaliser la situation ; comment d'ailleurs imaginer une loi pour tous en fonction des spécificités de chacun ? Pour autant, lorsque ces dernières rassemblent un grand nombre de personnes, il est nécessaire d'agir et de prendre des dispositions. Aussi, le fait d'admettre que tout le monde est sur un pied d'égalité conduit à créer un idéal auquel chacun tente de croire, mais ne répond pas réellement aux situations diverses existantes¹¹. Si cette vision de contractants libres et égaux satisfait d'une certaine manière le juriste, en facilitant notamment l'édiction des normes, elle lèse de toute évidence d'autres parties. Certes, le Droit n'est pas seulement là pour faire du social¹² ni sauver les petits¹³, cependant, faire bénéficier à certains

envisageable, sur cette idée, de demander au « gros » de faire la même chose que le « petit », et inversement : c'est illogique.

⁹ G. ORWELL, *op.cit.*, p. 259.

¹⁰ À ce titre, il a été justement relevé : « l'utilisation de la conception des citoyens comme personnes libres et égales permet de faire abstraction de caractéristiques variées du monde social et de produire certains idéaux », J. RAWLS, *La justice comme équité, Une reformulation de Théorie de la justice*, éd. La Découverte, Paris, 2008, p. 26.

¹¹ Il a ainsi été souligné que « l'analyse juridique apparaît trop souvent artificielle car elle prend appui sur un mythe d'équilibre contractuel transmuté en équilibre des intérêts, symbolisé par la recherche juridique d'un intérêt commun, ou d'un but de collaboration de toutes les parties. Ce mythe est bien éloigné de la réalité » : G. PARLEANI, « Le « petit commerce » au début du XXI^e siècle », préc., spéc. n° 27, p. 632.

¹² Même s'il a « indéniablement un caractère social » en ayant notamment pour « but d'organiser les rapports sociaux » : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5^e éd., 2012, n° 143, p. 189.

¹³ En ce sens, l'adage *De minimis non curat praetor* : « des affaires insignifiantes le prêteur n'a cure », autrement dit, le prêteur ne doit pas s'occuper des petites affaires, des affaires « minimales ». Traditionnellement évoqué pour écarter les situations de faible importance ou à l'enjeu dérisoire afin qu'elles n'encombrent pas la justice, l'adage a connu une large application dans diverses branches du droit : droit pénal, droit constitutionnel, droit des biens, etc. S'il semble avoir « perdu [...] l'essentiel de sa signification technique », il demeure malgré tout « un précepte méthodologique de caractère fondamentalement fonctionnel » : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, V° *De minimis non curat praetor*, n° 83, p. 150 et s. En ce sens, il est important de le prendre en compte, notamment lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux petites entités en grande partie ignorées par le droit. En outre, son application actuelle par la Cour européenne des droits de l'homme a été mise en évidence : H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 7^e éd., LexisNexis, 2016, V° *De minimis non curat praetor*, p. 80.

de quelques avantages leur permettrait manifestement de faciliter leur existence¹⁴. À vivre dans l'abstraction, cela conduit souvent à en faire un principe, et rend légitime les régimes mis en place comme les règles qui irriguent encore le droit des contrats au détriment de dispositions plus protectrices¹⁵. Comment parvenir alors à un système juridique plus adéquat pour les petits ?

4. - **Plan de l'introduction.** La prise en compte du petit professionnel dans ses rapports contractuels éveille la curiosité du juriste et l'amène à s'interroger. Une fois que le contexte dans lequel cet acteur évolue sera établi (Section I), l'intérêt du sujet pourra être cerné (Section II) ; la problématique s'en suivra alors (Section III) et le plan en découlera naturellement (Section IV).

Section I : Contexte

5. - **Mutation du droit.** Le milieu dans lequel se développent les petits professionnels peut osciller de l'utopie à la méconnaissance de certaines réalités. Quand ces dernières ont trop de conséquences néfastes pour des contractants plus faibles, le législateur se doit d'intervenir. La perception souvent privilégiée d'une égalité abstraite des contractants (I) conduit alors le droit à muter pour défendre les intérêts de chacun (II).

I. Égalité ou inégalité des contractants ?

6. - **Indifférence.** L'abstraction précédemment relevée n'est pas étrangère au droit des contrats et particulièrement aux relations entre professionnels. Ces derniers ne sont-ils pas tous sur un pied d'égalité ? La conclusion d'un contrat entre deux professionnels serait-elle soumise à des particularités tenant notamment à leur taille : petits ou grands ? Bien entendu, le droit, et plus spécifiquement le droit des contrats, n'a jamais souhaité différencier les contractants, même s'ils sont professionnels. Ainsi, l'abstraction faisant son effet, les parties en situation d'infériorité sont soumises au même régime de droit commun que les autres.

¹⁴ Par ex., une petite entreprise pourrait progresser plus confortablement et se maintenir à l'égard de ses partenaires en prévoyant peut-être un allègement de ses contraintes.

¹⁵ Comme le principe de liberté contractuelle qui demeure un pilier du droit commun des contrats et qui tend bien souvent à favoriser les contractants dominants.

À l'origine du Code civil de 1804, le droit des contrats s'est basé sur le postulat d'égalité des contractants¹⁶, auquel il est possible d'ajouter le principe de liberté. De manière totalement abstraite, les parties sont considérées comme égales, leur situation factuelle respective n'étant pas prise en considération. Par conséquent, « *le contractant de 1804 est un standard, un individu désincarné, par nature libre et égal, en droit, aux autres individus* »¹⁷. Cette conception a donné naissance à la théorie de l'autonomie de la volonté¹⁸, fondement de la force obligatoire du contrat. Les grands principes qui découlent de cette conception du contrat sont notamment la liberté, l'égalité, la sécurité, l'équilibre contractuels. L'individu étant un être libre, il peut accepter ou refuser de contracter. Selon cette théorie, lui seul peut se contraindre par le contrat¹⁹. Ces postulats de liberté et d'égalité sur lesquels est basé le Code civil ont permis de fonder le volontarisme contractuel et de justifier l'indifférence du droit des contrats envers la qualité de faibles ou de forts des parties. C'est la volonté qui forme le contrat, et le droit va seulement tenir compte de l'égalité juridique des contractants pour apprécier son existence. Même si des mesures, comme la théorie des vices du consentement, prévoient pour celui qui s'engage des moyens de se prémunir contre certaines éventualités, les possibles inégalités économiques, matérielles, voire intellectuelles ne tendent pas à participer à l'appréciation de la formation ou des effets du contrat²⁰.

¹⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2^e éd., 2013, p. 416.

¹⁷ G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJCA*, 2015, Dossier, p. 496. Adde, H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, tome II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, 8^e éd., par F. CHABAS, Monchrestien, 1991, les éminents auteurs expliquent qu'en matière contractuelle, les principes de liberté et d'égalité existent : « *les individus étant égaux et libres* », n° 116, p. 102 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, où il est rappelé que « *le postulat d'égalité [...] préside en principe à toute relation contractuelle* », n° 75, p. 98. V. égal., D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999, si l'auteur mentionne qu'« *il n'est pas sûr que l'égalité soit précisément un principe juridique dans le rapport contractuel* » (n° 17, p. 9), il admet que « *dans une traduction générale, le droit ne distingue pas entre les parties* » (n° 806, p. 427).

¹⁸ V. en ce sens, E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912. L'auteur ayant un aperçu critique de la volonté en droit. En effet, s'il affirme que « *la volonté individuelle possède [...], dans le domaine du droit, une véritable puissance créatrice* » (p. 2), il relativise son rôle en concluant que « *la volonté n'est ni la cause efficiente, ni la cause finale du droit ; elle n'en est que la cause instrumentale* », ainsi, « *si le droit se réalise par elle, il ne réside pas en elle* » (p. 450). Pour une approche critique plus récente : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965 (1 vol. de texte, 1 vol. de notes bibliographiques), où l'auteur évoque l'inadéquation de la théorie de l'autonomie de la volonté, spéc. p. 417. Adde, E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, 1997 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, 1980.

¹⁹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Librairie Philosophique J. VRIN, 1997, où l'auteur affirme que « *toute volonté humaine apparaît comme une volonté instituant par toutes ses maximes une législation universelle* », p. 109-110. Ainsi, pour le philosophe, la volonté individuelle serait la source du droit. Les réflexions de KANT autour de l'autonomie de la volonté vont alors contribuer à apporter à cette théorie l'un de ses fondements les plus essentiels.

²⁰ Sur ce point, le contrat d'adhésion s'avère être un exemple particulièrement intéressant. Le débat que cette catégorie a fait naître, et continue de susciter au travers notamment de sa définition nouvelle à la suite de la réforme du droit des contrats, est topique. Certains auteurs ont pu s'interroger sur la nature contractuelle ou à l'inverse réglementaire du contrat d'adhésion. Les stipulations de ce dernier étant totalement pré-rédigées par

7. - **Contractant faible et contractant fort.** Toute personne tisse des relations avec d'autres pour des raisons diverses et cela entraîne nécessairement des inégalités²¹. Le contrat constitue un rapport de forces, notamment économiques, entre les parties²². De fait, des auteurs ont pu démontrer que « *l'aptitude de chacun à faire valoir ses intérêts dans le contrat est un postulat qui ne résiste pas à l'épreuve des réalités sociologiques* »²³. L'ordre juridique ne peut nier l'influence de la réalité économique. Si les défenseurs de la thèse libérale s'opposent à une protection du contractant faible, il n'en demeure pas moins que le droit doit s'adapter à ces phénomènes principalement sociologiques et économiques. L'individualisme prôné depuis 1804 est contraint de faire place à la prise en compte de la partie faible²⁴. Il a très justement été dit que « *le droit des contrats contemporain incorpore désormais de manière systématique le facteur d'inégalité et le souci de protection* »²⁵. Comme l'a résumé le Doyen JOSSERAND, « *les faibles sont partis à la conquête du droit* »²⁶. En ce sens, appréhender les mutations autour de la conception de justice et de l'appréciation du juste dans les échanges contractuels permet de comprendre ce phénomène²⁷.

une seule des parties au contrat, l'autre partie ne vient donc qu'adhérer à l'acte ; la question a pu se poser de savoir si l'adhésion constituait bien une acceptation à une offre, objet d'un acte de volonté.

²¹ Les propos de ROUSSEAU illustrent parfaitement cette réalité : « *tant que les hommes se contentèrent de leurs cabanes rustiques, tant qu'ils se bornèrent à coudre leurs habits de peaux avec des épines ou des arêtes, à se parer de plumes et de coquillages, à se peindre le corps de diverses couleurs, à perfectionner ou embellir leurs arcs et leurs flèches, à tailler avec des pierres tranchantes quelques Canots de pêcheurs ou quelques grossiers instruments de Musique ; En un mot tant qu'ils ne s'appliquèrent qu'à des ouvrages qu'un seul pouvait faire, et qu'à des arts qui n'avaient pas besoin du concours de plusieurs mains, ils vécurent libres, sains, bons et heureux autant qu'ils pouvaient l'être par leur Nature, [...] mais dès l'instant qu'un homme eut besoin de secours d'autre ; dès qu'on s'aperçut qu'il était utile à un seul d'avoir des provisions pour deux, l'égalité disparut », J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008, p. 118 et 119.*

²² En ce sens, G. LOISEAU, préc. ; M.-S. PAYET, « Puissance économique, droit de la concurrence et droits des contrats », *RDC*, 1^{er} oct. 2006, n° 4, p. 1338.

²³ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, 2014, p. 28. Sur cette question, v. aussi : V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Tome I, préf. C. SAINT-ALARY HOUIN, PUAM, 2000, où l'auteur se positionne dans cette optique : « *l'évolution des relations contractuelles contemporaines conduit à constater que ce postulat, en vertu duquel chaque partie est présumée capable de défendre ses intérêts, est inadapté à la réalité* », n° 7, p. 26.

²⁴ A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier III, dir. G. WICKER, 2008. Prise en compte toutefois complexe, notamment dans l'établissement de catégories fonctionnelles ou conceptuelles dont les critères peuvent varier. Adde, F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. Évry-Val-d'Essonne, dir. D. HOUTCIEFF, 2015.

²⁵ M. FONTAINE, « Rapport de Synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, n° 57, p. 650.

²⁶ L. JOSSERAND, « La protection des faibles par le droit », in *Évolutions et actualités, conférence de droit civil*, Paris Recueil Sirey, 1936, p. 160.

²⁷ V. ici, ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. et présentation R. BODEÛS, GF Flammarion, 2004, Cinquième partie, « La Justice », p. 225. Les travaux d'Aristote sur ces problématiques ont été par la suite approfondis, notamment par saint Thomas d'ACQUIN : SAINT THOMAS D'ACQUIN, *Somme Théologique, La Justice*, Tome 1^{er}, 2a, 2ae, questions 57-62, trad. M. S. GILLET, O. P., éd. Nouvelle Revue des Jeunes,

Initialement, c'est la justice commutative qui prédominait dans le droit des contrats, puisque c'est par elle que l'égalité arithmétique et donc le juste s'apprécient²⁸. Au travers de celle-ci chaque contractant doit recevoir la valeur exacte de ce qu'il a échangé, peu importe la qualité de son partenaire. Désormais, il est devenu fréquent de tenir compte de la position de l'une ou l'autre des parties dans le rapport contractuel, justifiant un traitement différent pour chacune. C'est ici l'idée de justice distributive qui s'impose, en se basant sur le mérite de chaque partie qui peut alors solliciter la part lui revenant, ce proportionnellement à ses facultés²⁹. Cette réflexion amène à penser que si le droit commun des contrats a admis cette égalité des contractants, il n'en demeure pas moins que leur inégalité n'a pas été ignorée dans le passé, ni ne l'est aujourd'hui³⁰.

II. Évolutions

8. - **Vers plus de protection.** La protection du contractant faible est alors devenue une préoccupation importante du droit des contrats. Le droit ne pouvait pas ignorer indéfiniment la réalité factuelle de cette partie, ce même si la loi ne la reconnaissait pas expressément³¹. Si en théorie le postulat libéral n'a pas été totalement remis en cause, des palliatifs sont apparus dans plusieurs hypothèses pour combler les difficultés et les déséquilibres rencontrés par certains contractants jugés plus faibles. Petit à petit des instruments ont été mis en place pour venir encadrer, renforcer, voire protéger la place du contractant lésé dans la relation. Le Doyen CARBONNIER a ainsi précisé que le droit des

Société Saint Jean l'évangéliste, DESCLEE et CIE, Paris, Tournai, Rome, 1932. Adde, F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Bibliolife, LLC, 2009, (rééd. oct. 1915), n° 144, p. 304 : l'auteur rappelle que la justice, au sens étroit, doit s'entendre comme « la vertu, qui nous incline à rendre à chacun le sien », ainsi « grâce à la justice, [...], chacun doit obtenir et conserver exactement ce qui lui appartient ou lui revient, suivant une idée générale d'égalité ».

²⁸ F. GENY, *op. cit.*, n° 144, p. 304. L'auteur ajoute que la justice « est légale, en tant qu'elle détermine la situation des membres de la société vis-à-vis de celle-ci, à qui ils doivent procurer ce qui est nécessaire à son maintien et à sa prospérité ».

²⁹ Saint Thomas d'ACQUIN s'est posé la question de la nécessité d'un traitement différencié des personnes selon leur situation ou leur mérite. Par ex., dans l'une de ses objections, il a pu entamer la discussion ainsi : « il est conforme à la justice de faire des dons inégaux à des êtres inégaux », THOMAS D'ACQUIN, *Somme Théologique*, tome 1, CERF, 1984, Question 47, art. 2, p. 491.

³⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2011, p. 426 et s.

³¹ L'intervention de l'homme, malgré les manquements des dispositions légales, apparaît déterminante dans ce processus. Comme l'a souligné Monsieur NERON, « Le droit a pour objet de régler une vie sociale sans cesse en mouvement tout en garantissant la sécurité juridique. Le recours alterné à des normes « souples » et « rigides » d'origine jurisprudentielle et légale s'avère nécessaire. Car si le gouvernement par les lois participe à la mise en place de la justice, il doit être complété par le gouvernement par les hommes » : S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, n° 38, 2018, doct. 1003, spéc. n° 22.

contrats est devenu un « *droit protecteur* »³². Cette évolution de la vision du contrat a conduit à des changements importants et à une « transformation » de ce droit³³. De plus en plus, des situations avec des contractants en état d'infériorité sont prises en considération³⁴ afin donc, que les cocontractants soient sur un pied d'égalité et puissent bénéficier des mêmes avantages.

Ce mouvement a quelque peu bouleversé la théorie générale du contrat et le droit des contrats, notamment avec l'influence du droit de la consommation³⁵, du droit de la concurrence³⁶, du droit de la distribution³⁷, du droit du travail³⁸, et aussi du droit des affaires en général³⁹. La jurisprudence a eu pour objectif de combler cette absence de considération de la théorie générale du contrat pour certains contractants. Puis, dans divers domaines, de nombreuses lois sont venues protéger ceux qui étaient jugés vulnérables⁴⁰. En effet, « *l'influence déterminante des rapports économiques et sociaux et plus largement encore de l'ordre public* »⁴¹ a poussé le législateur à intervenir et ainsi contraindre parfois les contractants en limitant leur liberté individuelle. L'idée n'est toutefois pas nouvelle puisqu'au milieu du XX^e siècle, un certain « *dirigisme contractuel* »⁴² était déjà évoqué à cet égard.

³² J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Champs essais, Flammarion, 1996, p. 180. Adde J. CARBONNIER, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, p. 35 et s.

³³ L'expression est empruntée à C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.

³⁴ Aussi, il a notamment été relevé que dans le droit positif français, « *la protection du professionnel en matière contractuelle est croissante* » : J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, p. 113. Cette prise de conscience s'est accompagnée d'une appréciation des relations contractuelles au regard des pouvoirs de chaque partie : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, et plus récemment : M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, th. Univ. Bordeaux, sous la direction de L. SAUTONIE-LAGUIONIE, 2018.

³⁵ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2000.

³⁶ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. GHESTIN, Dalloz, Paris, 2004. Pour un travail portant à la fois sur le droit de la concurrence et le droit de la consommation : M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2001, préf. M.-A. FRISON-ROCHE.

³⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution, Traité des contrats*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 1999, où les auteurs insistent spécialement sur la protection des distributeurs face aux fournisseurs, spéc., n° 25, p. 11. Aujourd'hui, le rapport s'est parfois inversé, en partie avec l'apparition des grandes centrales d'achats.

³⁸ J. ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, th. Paris 1, dir. J. GHESTIN, 1999.

³⁹ R. RAYMOND, *Droit commun et droit spécial des contrats d'affaires*, th. Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, dir. M. CHAGNY, 2012.

⁴⁰ Pour les exemples les plus connus, v. les lois dites « Scrivener », du 10 janv. 1978, L. n° 78-22, sur la protection et l'information des consommateurs contre les dangers en matière d'achat de biens mobiliers, *JORF* 11 janv., p. 299 ; et L. n° 78-23, sur l'information et la protection des consommateurs de produits et services, notamment contre les clauses abusives dans les contrats, *JORF* 11 janv., p. 301. Il convient de préciser que ces lois sont souvent considérées comme le fondement de la naissance du droit de la consommation en France.

⁴¹ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 172, p. 196.

⁴² L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 1 ; « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D. H.*, 1937, chron., p. 1 ; « Un ordre juridique nouveau », *D. H.*,

Dans les relations professionnelles, ce mouvement s'est également manifesté, et ce particulièrement au travers de la situation économique des contractants nécessitant alors une protection⁴³. Le monde contractuel a changé et évolué particulièrement dans les relations d'affaires où l'évolution est permanente. Si le Code civil semble avoir tenu compte de ces changements en droit des contrats, notamment à la suite de la réforme de 2016, les relations entre professionnels et entre professionnels et consommateurs doivent également être appréhendées pour prendre en considération certaines nouveautés afin de se tourner vers de récentes perspectives et une nouvelle dimension⁴⁴. L'exemple le plus significatif se situe dans les relations entre producteurs et distributeurs⁴⁵. Ces différentes évolutions ont amené le droit des contrats à bouger et notamment à se spécialiser⁴⁶.

9. - **Vers plus de spécialisation.** De nombreuses avancées ont eu lieu en matière contractuelle par le biais d'un interventionnisme plus poussé. Cela a conduit à une multiplication des régimes contractuels spécifiques, et bien souvent impératifs. De fait, le droit civil se trouve « *en pleine transformation* »⁴⁷. Certains droits spéciaux ont ainsi pris leur indépendance par rapport au droit commun issu du Code civil⁴⁸, mouvement révélateur d'une

1937, chron., p. 41 ; « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *D. H.*, 1939, chron., p. 29, spéc., p. 31 ; « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *D. H.*, 1940, chron., p. 5. *Adde*, du même auteur « Le contrat dirigé », *D. H.*, 1933, chron., p. 89, où il s'interroge particulièrement sur le devenir de l'autonomie de la volonté alors même que le législateur influence considérablement le contrat.

⁴³ G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. GHESTIN, JGDJ, 1986 ; J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996.

⁴⁴ V. en ce sens les réflexions entreprises autour d'un droit applicable aux activités professionnelles susceptibles de remettre en cause la dichotomie existante entre, d'une part, « le monde civil » et, d'autre part, « le monde commercial ». De manière non exhaustive : G. RIPERT, « Ébauche d'un droit civil professionnel », *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Librairie Dalloz Paris, 1939, p. 677 ; A. TUNC, « Ébauche du droit des contrats professionnels », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 136 ; P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, p. 437 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 5^e éd., Litec, 2000, n° 214 et s., p. 95 ; D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. BOUCOBZA, Fondation Varenne Collection de thèses, 2011.

⁴⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « « Le choc des titans » : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », in *Libre droit mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 53 et s. ; M. LE BESCOND de COATPONT, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. CHANTEPIE, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2016.

⁴⁶ Ainsi, « un phénomène plus vaste, [...] s'est mis en évidence au fil de ce demi-siècle : la dissociation du droit privé des obligations en une multiplicité de sous-ensembles. Pour répondre à une complexité croissante de la vie sociale et des relations économiques, il a fallu des législations de plus en plus différenciées, ce qui a déterminé parmi les juristes une spécialisation qui va s'affinant » : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens. Les obligations*, vol. II, PUF, 2004, [917], p. 1908.

⁴⁷ Th. REVET, « À propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau code civil » », *D.*, 2019, p. 1011, spéc. n° 2.

⁴⁸ De nombreux codes ont vu le jour, comme par ex. le Code de la consommation, le Code des assurances, etc. V. not. : N. MOLFESSIS, « Le Code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le Code civil, un passé*,

véritable émancipation⁴⁹. Ce phénomène confirme la naissance d'un régime spécial des contrats en parallèle de la théorie dite générale⁵⁰. Néanmoins, si une frontière existe toujours entre les deux, elle n'est pas pour autant étanche. Les contrats spéciaux alimentent la théorie générale tout comme celle-ci inspire certains régimes spécifiques⁵¹. Par conséquent, l'étude entreprise ne doit pas négliger l'apport de cette pluralité de cadres et leurs interactions. L'ensemble de ce mouvement a pu être résumé de la manière suivante : « *le droit du contrat consiste d'abord en des mécanismes communs à toute espèce de contrat (la notion de contrat), ensuite en la déclinaison en deux corpora de ce qui constituait jusqu'ici la théorie générale du contrat, l'un relatif au contrat structurellement équilibré et l'autre au contrat structurellement déséquilibré* »⁵².

Ainsi donc, si l'apparition de ces droits spéciaux parallèlement au droit commun des contrats ne doit pas être négligée, il est par ailleurs important de constater qu'elle manque de précision. Le droit de la consommation traite des relations entre consommateurs ou non-professionnels et professionnels, tandis que le droit de la concurrence s'intéresse plus particulièrement aux relations entre professionnels. C'est sur ce dernier point que l'analyse mérite d'être approfondie⁵³. Le droit de la concurrence est initialement un droit du marché

un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 309 et s. Rapp. : L. LEVENEUR, « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 81 et s., pour qui : « *au maquis des lois succède le maquis des Codes* », spéc. n° 10, p. 91. Il a ainsi été expliqué que : « *le pullulement des lois particulières [...] ont considérablement affaibli la technique et même l'idée d'un droit commun* », Th. REVET, « À propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau code civil » », art. préc., n° 2, p. 1011. *Contra* : v. D. MAZEAUD, « La formation du contrat », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 87 et s., spéc. p. 88, où l'auteur souligne que : « *la diversité des codes n'est pas incompatible avec l'unité du droit des contrats* ».

⁴⁹ Les Professeurs LE TOURNEAU et JULIEN estiment ainsi qu'« *il s'agit sans doute là de l'un des traits les plus marquant de l'évolution juridique de ces dernières années : par une inflation législative, maintes fois relevée et décriée, les textes spéciaux se sont multipliés et le nombre même de codes a crû de manière considérable. Aux quatre napoléoniens ont succédé plus de soixante codes !* » : Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 489 et s., spéc. n° 7, p. 497.

⁵⁰ En ce sens, C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009 ; R. RAYMOND, *Droit commun et droit spécial des contrats d'affaires*, th. Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, dir. M. CHAGNY, 2012 ; E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, op. cit. Également, pour un point de vue sur l'articulation du droit commun et du droit contractuel spécial dans le cadre de la réforme du droit des contrats : N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.*, 2015, p. 699.

⁵¹ A. BENABENT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 245 et s.

⁵² F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, op. cit., n° 4, p. 36. *Adde*, Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, 2015, p. 1217.

⁵³ À cet égard, l'étude de la récente réforme du droit des relations commerciales consistant en la réécriture du titre IV du livre IV du Code de commerce est essentielle : ord. n° 2019-358 du 24 avr. 2019 relative à l'action en responsabilité pour prix abusivement bas, *JORF* n° 97 du 25 avr. 2019, texte n° 14, et ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF* n° 97 du 25 avr. 2019, texte n° 16. Sur

bien loin des questions relatives aux contractants en position d'infériorité. Et pourtant, de plus en plus, il semble s'intéresser à la protection des acteurs économiques⁵⁴, particulièrement au travers du droit des pratiques restrictives⁵⁵. C'est pourquoi, l'étude du petit professionnel présente un intérêt essentiel. En effet, de cette spécialisation du droit des contrats, un acteur économique a vraisemblablement été mis de côté, ne faisant l'objet d'aucune identification conceptuelle ou même fonctionnelle : il s'agit du petit professionnel⁵⁶. Aussi, il est intéressant de relever l'importance de la prise en considération du statut des parties dans l'approche choisie par le droit des contrats et la spécialisation de certains droits.

Le développement de cette spécialisation du droit des contrats et la multiplication des catégories de contractants en découlant constituent des phénomènes considérables. Cela devrait logiquement conduire à privilégier l'étude du droit des contrats spéciaux. Néanmoins, si l'analyse de ceux-ci ne sera pas totalement écartée, il convient de favoriser une approche au regard du droit commun des contrats pour deux raisons principales. D'une part, il a été relevé qu'« *il existe en droit commun des catégories de contractants* »⁵⁷, catégories devenues essentiellement « *fonctionnelles* »⁵⁸ ; cette réflexion constituera l'un des axes de la démarche

lesquelles v. not. : M. CHAGNY, « Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ? », *JCP E.*, n° 19, 9 mai 2019, actu. aff. 304, p. 9 ; F. BUY, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *D.*, 2019, chron., p. 1122. Il convient, en effet, de relever que le gouvernement a été habilité à procéder à cette réforme par la loi dite « EGalim » du 30 oct. 2018 : L. n° 2018-938 du 30 oct. 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* n° 0253 du 1^{er} nov. 2018, texte n° 1. Sur laquelle v. par ex. : L. VOGEL et J. VOGEL, « La réforme du droit des relations commerciales par la loi EGalim », *AJ Contrat*, 2018, p. 510.

⁵⁴ L. IDOT, « La protection par le droit de la concurrence », in *Les clauses abusives entre professionnels*, op. cit., p. 55 et s. ; Cycle de conférences de la Cour de cassation, « Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarités ou divergences ? », *Revue Lamy de la concurrence*, 2006, n° 9 ; F. PUEL et V. REBEYROTTE, « Abus de puissance contractuelle et pratique anticoncurrentielle », *AJCA*, 2015, Dossier, p. 499 et s.

⁵⁵ M.-C. MITCHELL et T. DELANNOY, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJCA*, 2015, Dossier, p. 504 et s.

⁵⁶ Quelques interventions du législateur démontrent une volonté d'amélioration de la situation du petit professionnel dans certains domaines. Par ex., la L. n° 2005-882, du 2 août 2005 relative aux petites et moyennes entreprises, *JORF* 3 août, p. 12639. Plus récemment, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi « Pinel », qui se veut novatrice en matière de baux commerciaux essentiellement. De manière plus large, la loi n° 2015-990, du 6 août 2015, *JORF* 7 août, dite loi « Macron », a apporté de nombreux changements dont certains concernent la prise en compte du « professionnel partie faible », comme pour les prérogatives de l'Autorité de la concurrence qui sont renforcées ou encore en matière de délais de paiement. Plus récemment, la signature de la charte « E-commerce » est intervenue entre les représentants des PME et plateformes afin d'assurer le suivi des difficultés rencontrées par les PME avec les plateformes de vente en ligne : « E-commerce : signature d'une charte PME-plateformes de vente en ligne », *CCC*, n° 5, mai 2019, alerte 20.

⁵⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et C. BLOUD-REY, « Catégories de personnes et droit des contrats », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Etudes juridiques, Economica, 2006, p. 157, spéc. n° 4, p. 158.

⁵⁸ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et C. BLOUD-REY, préc., spéc. n° 5, p. 159.

engagée. D'autre part, le droit commun des contrats tend, particulièrement avec la récente réforme, à promouvoir la protection de « *la partie la plus vulnérable* »⁵⁹.

10. - **Une réforme pour un nouveau droit des contrats.** Par principe, tous les contractants et tous les contrats sont susceptibles d'être soumis aux règles générales édictées par le Code civil, de sorte qu'une attention particulière doit être portée aux dispositions de ce droit commun. Récemment, le législateur est venu réformer le droit des contrats. Si la gestation de ce texte a été particulièrement longue, la pression subie par l'adoption de projets internationaux et européens en matière contractuelle a conduit la France à intervenir dans ce domaine. La réforme du droit des contrats a suscité de nombreux débats, qu'il s'agisse de la méthode employée, ou de l'objet de celle-ci⁶⁰. Cela se justifie notamment par le fait que le droit des contrats constitue « *le socle commun des nombreux droits spéciaux* », et que le droit des obligations est « *l'une des matières fondamentales de l'enseignement juridique* »⁶¹. Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance de 2016 a mis en évidence les buts recherchés par la réforme⁶². Le droit français des contrats poursuit différents objectifs qui s'articulent principalement autour de l'amélioration des transactions en facilitant les relations contractuelles et leur efficacité économique⁶³, tout en recherchant l'équilibre entre les intérêts de chaque contractant⁶⁴. Le Professeur MAZEAUD a ainsi résumé les objectifs du législateur : « *liberté et justice contractuelles, promotion des échanges économiques et protection des contractants faibles seront les deux mamelles du droit nouveau des*

⁵⁹ Allocution de Christiane TAUBIRA, garde des Sceaux, Ministre de la Justice, sur la Réforme du droit des contrats, du mercredi 25 févr. 2015. Dans les grands axes de la réforme présentée en Conseil des ministres le 25 févr. 2015 figure en deuxième position le renforcement de la protection de la partie faible, « Réformer le droit des contrats, Présentation en Conseil des ministres le 25 février 2015, Lancement d'une grande consultation », http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

⁶⁰ V. not. : G. MEUNIER, « Droit des contrats : les enjeux d'une réforme ! », *D.*, 2016, entretien, p. 416.

⁶¹ G. MEUNIER, *ibid.*

⁶² A cet égard, il est fait état de la volonté de « *moderniser* » le droit des contrats « *pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles* » : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, n° 0035, 11 févr. 2016, texte n° 25.

⁶³ Il convient de rappeler que le droit français place la volonté des parties au cœur même de la conception du contrat. Par conséquent, en France « *la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix* » : D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, chron., p. 291, spéc. n° 7.

⁶⁴ Plusieurs approches ont été privilégiées par la doctrine sur la manière de procéder pour assurer la réalisation des objectifs du modèle contractuel français. Sur ce point il est intéressant d'évoquer la querelle ayant préoccupé les juristes, s'agissant d'un droit favorable à une certaine justice sociale et à la solidarité, position défendue par les partisans du solidarisme contractuel, et ceux opposés à ce phénomène en étant plutôt conscients des intérêts divergents des parties au contrat. En faveur d'une approche solidariste, v. par ex. : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 603. Pour une critique de ce mouvement : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013, p. 47 et s.

contrats »⁶⁵. Le texte adopté a déjà donné lieu à de nombreux avis⁶⁶. Les défenseurs de la volonté individuelle et de la liberté contractuelle regrettent l'effet négatif de certaines dispositions protectrices qui pourraient freiner l'économie libérale⁶⁷. À l'inverse, ceux qui prônent le solidarisme ou un socialisme exacerbé déplorent la place encore trop grande laissée à l'individualisme et au volontarisme⁶⁸. De ces deux points de vue émerge-t-il trop de liberté, ou trop de bonne foi ? Il est certain que ce texte est marqué par des innovations importantes pour le droit commun des contrats⁶⁹. Aussi, il sera intéressant de mettre à l'épreuve ces nouveautés particulièrement au regard de la situation du petit professionnel⁷⁰. Sont-elles suffisantes ou non ? Si dès à présent, il est possible de percevoir que la réforme n'apparaît peut-être pas totalement satisfaisante⁷¹, probablement le législateur n'a pas voulu aller trop loin, notamment en mettant en place un protectionnisme accru. Immanquablement il est passé à côté d'une réforme plus ambitieuse qui aurait sans nul doute aidé à promouvoir des idées en faveur de la démarche entreprise ici, auprès du petit professionnel. Dès lors, l'intérêt de l'étude en est renforcé.

⁶⁵ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », art. préc., spéc. n° 4. L'auteur met également en évidence le fait que les « principes généraux de liberté et de loyauté, [...] constituent [...] l'étendard politique du nouveau droit français des contrats ».

⁶⁶ V. not. : N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Rendu public le 25 février 2015, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015 ; J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON, S. WHITTAKER (dir.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, SLC, vol. 29, 2018 ; O. DESHAYES, T. GENICON, et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2^e éd., LexisNexis, 2018.

⁶⁷ V. par ex. : O. PENIN, « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *CCC*, n° 8-9, 2017, étude 9. L'auteur regrette ainsi : « si l'on dépasse les apparences et les discours, d'une liberté garantie, on est passé à une liberté conditionnelle, surveillée dont ne peut s'empêcher de penser qu'elle n'a de liberté que le mot... », spéc. n° 12. Rapp. L. VOGEL, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », *AJCA*, 2016, p. 309, selon qui la réforme « fragilise la force obligatoire du contrat ».

⁶⁸ V. par ex. : F. CHENEDE, « La réforme du droit des contrats », *AJ Famille*, 2016, p. 129, qui relève que « le droit des obligations n'en ressort pas pour autant bouleversé ». Rapp. X. DELPECH, « Un vent de modernité sur le droit des contrats », *AJCA*, n° 3, 2015, p. 119.

⁶⁹ Il convient, par ex., de relever l'insertion des clauses abusives, l'abandon de la cause, la consécration de la violence économique et de l'abus de faiblesse, ou encore la définition des contrats d'adhésion.

⁷⁰ Comme l'a relevé le Professeur WHITTAKER : « si l'un des objectifs importants de la réforme est de donner une expression législative à la jurisprudence formée au cours du siècle dernier, ceci dans l'intérêt de la sécurité juridique, il est hautement improbable que les juristes et les juges français autorisent le droit commun à rester statique et sans réponse face aux besoins changeants de la société française [...], un certain nombre de dispositions invitent précisément à cela », S. WHITTAKER, « Contrats, droit des contrats et principes contractuels », in *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, SLC, vol. 29, 2018, p. 43 et s., spéc. p. 54.

⁷¹ À titre illustratif, certains aspiraient à une meilleure protection au travers des clauses abusives. Si en droit de la consommation et en droit des affaires, le bénéfice de l'action n'est pas uniquement réservé à la victime, ce qu'a admis la réforme, l'application réelle de celle-ci pourrait nuire à son résultat. Aussi, s'agissant de l'hypothèse particulière des contrats d'intérêt commun, il a été relevé : « Au lieu de moderniser notre droit des contrats, la présente réforme, envisagée du point de vue des contrats d'intérêt commun, le fait régresser », S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, chron., p. 1148.

À la fois perçue comme novatrice et moderne, la réforme du droit des contrats n'a donc pas toujours été considérée comme le bouleversement attendu⁷². Si certaines de ses dispositions permettent notamment d'envisager « *un changement plus profond de l'esprit du droit français du contrat* »⁷³, elle a paru parfois trop timorée et incohérente⁷⁴. Pour autant, l'influence du droit européen sur celle-ci est indéniable⁷⁵. Quoi qu'il en soit la volonté du législateur, à la suite de la réforme du droit des contrats, est clairement et en grande partie de proposer une protection plus efficace et plus étendue de la partie faible⁷⁶. La consécration du contrat d'adhésion au côté du contrat de gré à gré constitue une avancée essentielle dans la prise en considération de la faiblesse de certains contractants et du rôle de la volonté de chaque partie au contrat⁷⁷. Les dispositions supplétives demeurent le principe du Code civil et les dispositions impératives forment une exception dont il est possible de voir l'influence sur la recherche de protection. En effet, ces dernières concernent principalement des règles de protection telles que la bonne foi⁷⁸, le devoir précontractuel d'information⁷⁹, les conditions de validité des contrats⁸⁰, ou encore les clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur qui se trouvent réputées non écrites⁸¹.

Section II : L'intérêt de l'étude

11. - **Motifs de la recherche.** De toute évidence, la partie la plus faible, en l'occurrence le petit professionnel, requiert plus d'attention que toute autre. Mais qui est

⁷² L. VOGEL, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », préc. ; X. DELPECH, « Un vent de modernité sur le droit des contrats », préc.

⁷³ G. CHANTEPIE, « La réforme en pratique. Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJCA*, n° 3, 2015, spéc., p. 121.

⁷⁴ Monsieur le Professeur REVET estime ainsi de manière véhémement, en fustigeant notamment la méthode adoptée pour l'élaboration du nouveau droit des contrats, que « *cette réforme constitue un produit composite, sans vision d'ensemble, sans plume maîtresse, sans véritable âme* » comportant « *des contradictions, des oublis, des redondances* », et il conclut que « *la médiocrité de cette réforme contribuera à ce que son rayonnement soit égal à zéro* » : Th. REVET, « À propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau code civil » », art. préc., n° 22, p. 1015.

⁷⁵ À titre d'exemple, l'art. 4 : 110 des Principes du Droit Européen des Contrats relatif à la sanction générale des clauses abusives en droit commun a inspiré la réforme française.

⁷⁶ À cet égard, il est évident que cette réforme a permis de relever certains défis actuels et de répondre aux aspirations de la pratique ainsi qu'aux problématiques en découlant.

⁷⁷ Pour le Professeur REVET, il s'agit d'ailleurs de « *la grande réussite de cette réforme* », puisque désormais « *il n'est plus possible de raisonner, comme on le faisait jusqu'ici [...], à partir de l'idée qu'il existe, en droit français, une conception unitaire du contrat* » : Th. REVET, « À propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau code civil » », art. préc., n° 4, p. 1012.

⁷⁸ C. civ., art. 1104 pour les dispositions générales et art. 1112 pour la phase de négociation.

⁷⁹ C. civ., art. 1112-1.

⁸⁰ C. civ., art. 1128 et s.

⁸¹ C. civ., art. 1170.

exactement ce contractant (I) ? Pour quelles raisons et dans quel cadre le protéger (II) ? Et enfin, quels en sont les enjeux (III) ?

I. Existence juridique du petit professionnel

12. - **Apparition du petit professionnel : notion ou concept ?** « *Les grandes orientations du droit ont besoin, pour être mises en œuvre et pour que l'ordre juridique atteigne son but final et concret, de toute une construction intellectuelle reposant sur des concepts* »⁸². Cela implique d'analyser ce qui distingue et rapproche « *les notions* » utilisées et « *les réalités ou les phénomènes* » rencontrés⁸³. Identifier une catégorie⁸⁴ comme celle envisagée du petit professionnel nécessite indéniablement de revenir sur la distinction entre notion et concept. De prime abord, « *l'opposition entre notion et concept apparaît d'emblée relative, l'usage peu fixé, dans la mesure où la question même de l'intérêt de leur distinction n'est pas tranchée* »⁸⁵. La distinction peut paraître tenue dès lors que dans le kantisme notamment, la notion se dit « *d'un concept donné à priori* »⁸⁶, et le concept se présente comme une « *idée qui est générale sans être absolue* »⁸⁷. Communément, une notion recouvre une idée plutôt vague, aux contours généralement imprécis⁸⁸. En effet, de la simple connaissance d'un objet donné à la pensée d'une chose, la notion constitue une « *idée qui se forme dans l'esprit* »⁸⁹. À l'inverse, le concept se présente véritablement comme une « *chose conçue* »⁹⁰, l'intelligence permettant grâce à la faculté offerte de comprendre les choses et de

⁸² J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5^e éd., 2012, n° 169, p. 225 et 226.

⁸³ J.-L. BERGEL, *ibid.*

⁸⁴ C'est-à-dire « *un ensemble de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun* » : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *ibid.*

⁸⁵ X. BIOY, « *Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction...* », in *Les notions juridiques*, G. TUSSEAU (dir.), Economica, 2009, p. 22. L'auteur prévient d'ailleurs pour pallier cette difficulté : « *on emploiera indistinctement l'un comme l'autre pour désigner toute forme d'abstraction, de représentation mentale, sans que cela brouille le message* ».

⁸⁶ *Le Littré, Le dictionnaire de référence de la langue française*, Éd. Garnier, Paris, 2007, v° « *Notion* », t. 13, p. 291.

⁸⁷ *Le Littré*, préc., v° « *Concept* », t. 4, p. 180.

⁸⁸ Monsieur BIOY explique ainsi : « *qu'une distinction entre notion et concept, importée d'autres horizons vers le monde du droit, se révélait possible et que la « notion » source du discours juridique lui-même à la faveur d'un dialogue nourri entre jurislatoeurs et doctrine alors que le concept, davantage formalisé, ressort plutôt d'une activité théorique ou métathéorique* », et poursuit : « *aussi peut-on, à la suite de nombreux auteurs, attribuer le qualificatif de « notion » à un terme de droit positif à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain nombre d'effets de droit réguliers et celui de « concept » à un terme de science du droit issu d'une construction qui décrit le fonctionnement des « notions » et par la même peut être amené à en guider le fonctionnement effectif* » : X. BIOY, « *Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction...* », préc., spéc. p. 38 et 39.

⁸⁹ *Le Littré*, préc., v° « *Notion* », t. 13, p. 291.

⁹⁰ *Le Littré*, préc., v° « *Concept* », t. 4, p. 180.

les mettre en rapport avec des idées pour les conceptualiser. Les notions ont, de ce fait, été appréhendées comme des concepts classificatoires, permettant de procéder à des comparaisons à l'intérieur même des classes conceptuelles⁹¹. Ainsi, au sein de la conception ou du concept général de professionnel, il existerait la notion de petit professionnel. La définir permettrait alors d'en faire une catégorie spécifique au cœur même de ce concept général. C'est pourquoi la notion de petit professionnel doit tendre à recouvrir la catégorie de petit professionnel. De plus, la notion étant un « donné », un « perçu », et le concept un « construit », un « conçu », seule l'analyse scientifique de ses caractéristiques permettra de qualifier cette catégorie. Assurément, la notion de petit professionnel conduit à rendre son existence juridique concrète en l'insérant dans l'ordre juridique et le droit positif, tandis que le concept de petit professionnel apparaît trop vague pour présenter une véritable utilité. Lorsqu'il s'agit de s'intéresser à l'élaboration d'un nouvel acteur économique comme le petit professionnel, l'approche théorique de la discipline juridique commande naturellement d'être précis sur les termes employés, ainsi que la démarche privilégiée⁹², dès lors « *les notions juridiques peuvent se travailler pour en dégager le concept qui les guide* »⁹³.

Aujourd'hui, les concepts et notions connus sont-ils appropriés à saisir la catégorie du petit professionnel ? Il est impératif de s'attarder sur le vocabulaire employé en droit civil, en droit commercial ou encore en droit de la consommation, en reprenant les concepts et notions existant ainsi que les statuts de certains contractants, utilisés de manière générale⁹⁴. La notion

⁹¹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Pour penser autrement ce qui est : l'importance des notions dans l'œuvre de Georges Rouhette », in *Hommage à Georges ROUHETTE*, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013, p. 22.

⁹² X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », préc., spéc. p. 23 : l'auteur souligne ainsi que « *si vraiment l'on doit chercher, on trouve une idée commune, mais non banale, selon laquelle la distinction entre les deux ne peut s'envisager que dans le champ de la connaissance et non dans celui du réel connu* », et précise : « *on entrevoit en effet que la notion serait le résultat, le fruit, d'un processus d'induction, de décantation, de rationalisation du réel alors que le concept serait quelque chose de « tout à fait », de déjà là, un objet a priori de la pensée, ayant sa cohérence hors du réel. Ainsi tous deux permettraient d'imaginer l'objet à connaître ou à construire, de le décrire en le ramenant à des idées, mais selon deux modes différents. Notion et concept ne seraient pas deux catégories de la pensée aux contenus ou aux fonctions différentes mais deux méthodes, deux chemins, de progression vers la connaissance* ».

⁹³ X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », préc., spéc. p. 53. Adde, F. GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, I, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1927, n° 50, p. 146-147, qui a souligné : « *c'est, en effet, la démarche fondamentale de l'esprit, mis aux prises avec les réalités, complexes et fuyantes, de la vie, dont il cherche la loi ordonnatrice, d'ériger la représentation, qui se fait chez lui de tel ou tel aspect de ces réalités, - depuis les fractions les plus infimes jusqu'à l'ensemble, - en une entité purement idéale, à laquelle puisse s'appliquer utilement son effort de connaissance. D'où nos dénominations de notion ou de concept, pour désigner, tantôt par son résultat, tantôt par la manière de l'atteindre, cette entité, qui n'est autre que l'idée générale de l'objet proposé au travail de l'esprit* ». Il précise également plus loin que le concept est vu « *comme le résultat d'un effort de l'esprit, en vue de saisir, dans une représentation prédominante, l'essence logique des choses* » ne pouvant « *se dégager [...] que d'une comparaison avec les idées préacquisées de choses déjà connues et même devenues familières à la pensée* », spéc. p. 148.

⁹⁴ Not. de ceux qui ont toujours existé sans être réellement identifiés.

de petit professionnel permet-elle de transcender les distinctions de commerçant, d'artisan, de distributeur, de fournisseur, qui apparaissent parfois trop étroites dans la vision nouvelle des relations entre professionnels, voire entre professionnels et consommateurs ? En ce sens, il faut tenir compte des réalités et des situations concernées, sans oublier ce qu'elles englobent de manière générale puisque tous les professionnels ne sont pas identiques, ceux-ci ne se trouvant pas toujours sur un pied d'égalité.

13. - **De la notion à la définition de professionnel.** Le professionnel a fait l'objet, depuis le milieu du XX^e siècle, d'une attention spéciale de la part de la doctrine juridique⁹⁵ et il tend désormais à suppléer la notion de commerçant⁹⁶ et à prendre la place du consommateur dans les débats⁹⁷. En effet, le développement du droit de la consommation a conduit à déterminer un ensemble plus vaste de contractants autour de la notion de professionnel. Ces divers travaux ont permis de donner une base à toute étude portant sur cet acteur, et d'engendrer dès la fin de XX^e siècle un phénomène de « *professionnalisation du droit* »⁹⁸ permettant d'augurer les prémices d'un droit professionnel⁹⁹.

Malgré tout, et pendant longtemps, le professionnel n'a pas été directement défini par le droit. Il dut patienter un peu plus¹⁰⁰ que le consommateur dont la définition a été intégrée dans le droit national positif quelque temps auparavant¹⁰¹. Il ne fut pas simple d'apporter une définition claire du professionnel¹⁰², celui-ci n'ayant fait l'objet que de définitions disparates,

⁹⁵ Sur ce point, G. RIPERT, « Ebauche d'un droit civil professionnel », *Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Librairie Dalloz Paris, 1939, p. 677 ; A. TUNC, « Ébauche du droit des contrats professionnels », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Etudes offertes à G. Ripert*, tome II, LGDJ, 1950, p. 136 ; J. SAVATIER, « Contribution à une étude de la profession », *Dix ans de conférences d'agrégation : Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 3.

⁹⁶ J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 81 et s.

⁹⁷ « Alors que la notion de consommateur a retenu l'attention des commentateurs et des juridictions pendant plusieurs décennies, c'est certainement la notion de professionnel qui va désormais la supplanter » : C. AUBERT de VINCELLES, « Chronique de droit européen des contrats – (1^{er} janvier – 31 décembre 2018) », CCC, n° 5, mai 2019, chron. 3, spéc. n° 5.

⁹⁸ Expression empruntée à Monsieur BERT : D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. Boucoba, Fondation Varenne Collection de thèses, 2011, n° 25, p. 21.

⁹⁹ D. BERT, *ibid.*

¹⁰⁰ La définition du professionnel a été insérée dans le Code de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016

¹⁰¹ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014, dite loi « Hamon », dont l'art. 3 a créé un article préliminaire au Code de la consommation qui a défini le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Pour une approche générale des modifications apportées par cette loi, v. not. : C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.*, 2014, chron., p. 879.

¹⁰² En ce sens : Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile professionnelle*, op. cit., où l'auteur aborde notamment le professionnel en tant que « concept multi-directionnel », spéc. p. 6. V. également du même auteur : « Les critères de la qualité de professionnel », *Petites affiches*, 12 sept. 2005, n° 181, p. 4, où Monsieur

du moins d'un point de vue national. De plus, il a été établi qu'il existe « *des professionnels de toutes sortes (...) des puissants et des humbles, des sachants et des ignorants, des indépendants et des dépendants* »¹⁰³. Initialement, le professionnel est celui qui exerce une activité, une profession, un métier. Selon le Littré, il s'agit d'une personne « *qui exerce une activité considérée comme une profession* »¹⁰⁴. Dans l'ancien droit, le professionnel est déterminé comme l'expert en son domaine, la personne qui connaît¹⁰⁵. Classiquement, il est défini « *par opp. à profane* », il s'agit de l' « *homme de l'art ; personne dont l'appartenance à une profession fait attendre une qualification correspondante* »¹⁰⁶. Le professionnel contractant est donc la personne qui « *contracte à l'occasion de son activité professionnelle* »¹⁰⁷. Plus précisément, la première définition du professionnel apportée par le droit européen est la suivante, il s'agit de « *toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive* [¹⁰⁸], *agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée* »¹⁰⁹. La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs¹¹⁰ est venue apporter quelques précisions à cette définition. C'est d'ailleurs celle-ci qui a été soutenue et proposée par certains auteurs¹¹¹. La reprenant, une partie de la doctrine a estimé que 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 services* », ce qui se traduit d'une manière plus générale comme « *la personne qui exploite une entreprise* »¹¹². Il faut retenir de ces définitions leur attachement à

LE TOURNEAU évoque une notion « *protéiforme* ». Adde, M.-H. MALEVILLE, « Réflexions sur l'activité du professionnel : une avancée dans la conception extensive du professionnel », in *chronique de droit de l'activité professionnelle n° V (1^{ère} partie)*, LPA, 24 avr. 2002, n° 82, p. 9.

¹⁰³ J. MESTRE, *RTD civ.*, 1987, p. 84, spéc. p. 86.

¹⁰⁴ *Le Littré, Le dictionnaire de référence de la langue française*, Éd. Garnier, Paris, 2007, v° « Professionnel », t. 15, p. 651. Il convient aussi de préciser que la profession est considérée comme un « *état* », un « *emploi* », *Le Littré, Le dictionnaire de référence de la langue française*, v° « Profession », t. 15, p. 650.

¹⁰⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, PUF, 2004, [998], p. 2062, l'auteur évoque la tradition du droit romain qui est devenue un adage selon lequel « *chacun est expert en son métier, peritus artis suae* ».

¹⁰⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, v° « Professionnel », p. 806.

¹⁰⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 74-1, p. 94.

¹⁰⁸ Il s'agit des contrats de vente et de prestations de services conclus entre un consommateur et un professionnel.

¹⁰⁹ Directive 93/13 CEE du Conseil, du 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹¹⁰ Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du conseil, du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, *JOUE*, 22 nov. 2011, L 304, p. 64. Celle-ci définit le professionnel en son art. 2 comme « *toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

¹¹¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommations. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso Editions, 2013, n° 158, p. 148.

¹¹² J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 3, p. 4.

prendre en compte l'activité du contractant, sa profession habituelle, ce qui lui permet de vivre chaque jour. Elles apportent un cadre à cette notion du professionnel puisqu'elles tiennent compte de son activité et de ses caractéristiques personnelles. Aussi, le législateur s'est inspiré de cette approche pour insérer dans le Code de la consommation le professionnel qui est « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* »¹¹³. Cependant, qu'il s'agisse des visions doctrinales ou de la nouvelle approche légale, ces définitions demeurent très larges car elles touchent tous les professionnels, indistinctement. À l'inverse du droit, l'économie différencie le professionnel agissant sur le marché selon qu'il s'agisse d'un micro-entrepreneur, d'un petit artisan, d'une micro-entreprise, d'une PME, voire d'une grande entreprise¹¹⁴. Les analyses économiques prennent en compte le poids des acteurs qui interviennent, leur part de marché, leur expérience avec l'exemple d'une « start-up »¹¹⁵. Le droit quant à lui ne fait aucune distinction particulière entre les professionnels au vu de leur taille, de leur expérience, de leurs acquis, de leurs connaissances ou de leur poids économique¹¹⁶. Le droit de la concurrence est tout de même venu s'intéresser à la place des PME¹¹⁷, ce qui démontre l'existence de parties distinctes au sein de la catégorie de professionnel. Un déplacement du concept général à des notions particulières de professionnel se préfigure.

L'étude du petit professionnel peut paraître osée, même surprenante puisque cette notion, non précisément reconnue, demeure controversée, son effectivité et sa prise en compte étant bien souvent remises en cause. Fait-elle peur ? Protéger le petit professionnel ne reviendrait-il pas, en effet, à reconsidérer la protection du consommateur, ou encore à négliger les objectifs de sécurité et de prévisibilité défendus par le contrat. Quelle place peut alors occuper le petit professionnel dans le droit contemporain, quelle pourrait être sa position spécifiquement en

¹¹³ C. consom., art. liminaire.

¹¹⁴ Par ex., au travers du Crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi lancé dès le 1^{er} janv. 2013, ou encore avec le Pacte de responsabilité et de solidarité proposé à partir de janv. 2014 qui énonce notamment des baisses de charges pour les petites entreprises afin de les engager à investir et à embaucher plus.

¹¹⁵ C'est-à-dire une entreprise qui débute et innove dans les nouvelles technologies.

¹¹⁶ En ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op.cit.*, les auteurs précisent : « *peu importe que le professionnel soit une personne physique ou une personne morale, peu importe la taille de l'entreprise* », n° 74-1, p. 94.

¹¹⁷ Centre de recherche sur le droit des affaires (Paris), *Les PME et le droit de la concurrence – Analyse critique, comparative et prospective*, préf. Y. CHAPUT, CREDA, LexisNexis, Litec, coll. « Droit des affaires », 2009.

droit des contrats et plus largement en droit des affaires¹¹⁸. D'ailleurs, a-t-il réellement sa place aux côtés des notions déjà existantes : consommateur, professionnel, etc. ?

14. - **« Petit professionnel » : définition et protection.** La notion de petit professionnel ne semble pas facile à saisir et il apparaît complexe de déterminer ce qu'elle recoupe réellement. La présente étude doit donc permettre de partir à la découverte de cet acteur et du cadre juridique protecteur adapté à sa situation. Il semble en effet évident que les questions de la définition et de la protection du petit professionnel sont intimement liées. S'il est nécessaire d'identifier précisément ce contractant, c'est sans aucun doute en vue de le protéger. En effet, le sujet de sa protection réside dans celui de son identification et inversement. La finalité de la protection et le cadre de celle-ci, sont indissociables et doivent être étudiés en parallèle¹¹⁹. La présente étude aura alors une double ambition : tenter d'apporter une définition à ces petits professionnels pour plus de clarté, cela menant nécessairement à l'appréciation de leur besoin de protection, ainsi qu'à la mise en place de cette protection, et conduire à l'élaboration d'un statut protecteur du petit professionnel¹²⁰.

Dans un premier temps, il conviendra alors de s'arrêter sur le sens et le but de cette protection. Qu'est-ce que protéger ? Lorsqu'une partie se trouve dans une situation de faiblesse, il est préférable, quand cela est possible, d'agir à la source de manière *a priori* et non de mettre des instruments de rétablissement *a posteriori*. Pour trouver ces palliatifs, il faut appréhender les besoins et les attentes, selon qu'il faut être protégé « de l'extérieur »¹²¹, ou qu'il faut se protéger « de l'intérieur »¹²². Une définition du terme « protection » précise qu'il s'agit de « l'action de protéger, de défendre quelqu'un ou quelque chose, le fait de se

¹¹⁸ C'est-à-dire ici l'ensemble des droits qui se trouvent en interaction. À cet égard, il est intéressant de relever les liens prégnants entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation qui tendent à l'élaboration d'un véritable « droit du marché ». V. not. : Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, Thémis Droit privé, PUF, 2002.

¹¹⁹ Monsieur GRATALOUPE a ainsi fait valoir en ce sens : « Un ordre juridique ne peut être efficace qu'à partir du moment où les règles de droit sur lesquelles il s'adosse poursuivent des fins. [...] Un droit qui ne poursuit aucun objectif ne sert à rien. [...] Il manque à sa mission d'utilité sociale » : S. GRATALOUPE, « La vulnérabilité de la règle de droit », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 33 et s., spéc. p. 39.

¹²⁰ Il y a toujours eu des faibles et des puissants, cette différence est à prendre en compte à défaut de pouvoir être remise en cause. Entre professionnels, cette distinction existe comme dans tous les domaines, voire même de manière plus prononcée. La liberté et l'égalité étant privilégiées et gouvernant particulièrement les rapports entre professionnels, cela accentue les écarts entre faibles et forts, entre petits et grands, d'où découle la nécessité d'attirer l'attention sur les professionnels de petite taille se trouvant souvent en situation de faiblesse.

¹²¹ C'est-à-dire lorsque la personne est mise en relation avec quelqu'un d'autre et qu'elle peut souffrir de la comparaison.

¹²² C'est-à-dire lorsque la personne apparaît en elle-même dans une situation délicate parce que son statut, sa position ou encore ses compétences laissent penser qu'elle pourra difficilement surmonter les obstacles.

protéger ou d'être protégé »¹²³, c'est également savoir « *aider* » et « *prendre sous sa protection* »¹²⁴. Il est donc question de prendre en compte les difficultés d'une entité pour qu'elle les surmonte dans ses rapports avec une autre entité. La plus forte pourrait alors défendre la plus faible, l'aider à faire face, ou la préserver contre d'éventuels risques ou problèmes. Ainsi, protéger désigne l'action qui tend à « *préserver de mal* »¹²⁵, à « *veiller au maintien, au progrès d'une chose* » et pour ce faire, à « *prêter secours et appui* »¹²⁶. L'idée poursuivie est donc d'apporter son soutien à ce professionnel particulier, de tenir compte de sa faiblesse.

Pour la présente recherche, il s'agira de définir ce que représente le qualificatif « petit » dans l'expression « petit professionnel ». D'après *Le Littré* est qualifié de « petit » ce « *qui a peu d'étendue, peu de volume, par opposition à grand, gros, étendu, volumineux* »¹²⁷. Le *Larousse* précise : c'est ce dont « *les dimensions, la superficie, le volume sont inférieurs à la mesure normale ou ordinaire* », c'est-à-dire en l'occurrence une personne « *de taille peu élevée ; de faible hauteur* », ou bien celle « *qui n'a pas encore atteint le terme de sa croissance* »¹²⁸. Cela peut être également ce « *qui occupe un rang modeste dans la société, dans une activité professionnelle* » comme « *un petit commerçant* »¹²⁹. Aussi, le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales indique que le caractère « petit » constitue ce « *qui est d'une taille inférieure à la moyenne* »¹³⁰. La petite entreprise ou le petit commerce représenterait alors celui « *qui a peu de personnes, peu de chiffre d'affaires* »¹³¹. Au regard de ces définitions, le professionnel pourrait donc être « petit » de par lui-même, à cause d'une faiblesse inhérente à sa personne, et/ou par comparaison. Il conviendra alors d'identifier les raisons de cette infériorité dite « subjective » dans le premier cas, et de celle dite « objective » dans le second. De ce fait, la « petitesse » du professionnel se définira-t-elle toujours par

¹²³ *Le nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, sous la dir. De J. REY-DEBOVE et A. REY, Le Robert, 40^e éd., 2007, v° « Protection », p. 2053

¹²⁴ *Le nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, préc., v° « Protéger », p. 2053.

¹²⁵ *Le Littré*, préc., v° « Protection », t. 15, p. 728.

¹²⁶ *Le Littré*, préc., v° « Protéger », t. 15, p. 730.

¹²⁷ *Le Littré*, préc., v° « Petit », t. 14, p. 584.

¹²⁸ *Le Petit Larousse illustré*, 1994, Éd. Larousse, v° « Petit », p. 770.

¹²⁹ *Le Petit Larousse illustré*, *ibid.*

¹³⁰ *CNRTL, Portail lexical*, 2012, disponible à l'adresse suivante : <https://www.cnrtl.fr/definition/petit>. S'agissant d'une personne, il est souligné : « *dont l'origine, la condition sociale ou professionnelle est modeste* », comme « *le petit artisan* », tandis qu'en parlant d'une chose, il est fait état de ce « *qui est modeste sur le plan économique et social* », comme le « *petit commerce* » ou les « *petites et moyennes entreprises* ».

¹³¹ Larousse en ligne : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/petit_petite/59948.

rapport à un autre professionnel ?¹³² Il faudra dans cette hypothèse l'encourager, coopérer avec lui, l'accompagner, l'épauler, voire l'assister.

II. Justification et délimitation

15. - **Ébauche de critères.** De l'examen de la distinction entre consommateur et professionnel à la prise en compte du petit professionnel, apparaissent les justifications et l'objectif de la présente étude. La remise en cause de la « *distinction trop manichéenne entre consommateurs et professionnels* »¹³³, ce sous le prisme de la taille de ces derniers apparaît comme un critère pertinent, et efficace en ce qu'il présente plusieurs avantages notamment de flexibilité et de simplicité. Négliger une telle approche serait d'ailleurs « *très regrettable* »¹³⁴. Aussi, il est nécessaire de faire évoluer la frontière « *bien tracée* »¹³⁵ existant actuellement en droit positif qui, d'un côté, permet d'assurer une protection systématique et généralisée du consommateur et, de l'autre, pousse à négliger et à refuser toute protection standardisée du professionnel¹³⁶. De même, si la protection de certains professionnels a pu être envisagée, le consommateur n'étant vraisemblablement pas le seul à profiter de règles protectrices, l'ensemble de ces positions et l'analyse de leurs effets sur le petit professionnel prennent là toute leur importance. Nuancer la distinction entre consommateur et professionnel explique l'existence d'un besoin de protection du professionnel. Mais alors, quel professionnel protéger ? Le petit professionnel ? Le professionnel en situation de faiblesse ? S'agit-il des mêmes personnes ? Une nouvelle catégorie doit-elle être constituée pour prendre en compte ce contractant d'apparence atypique ? Quelles doivent être les particularités de cette protection ?

L'attention parfois accordée au petit professionnel¹³⁷ impose donc au droit d'appréhender et d'étudier ce contractant pour décider si sa protection est d'abord envisageable, ensuite

¹³² Par ex., en comparant leur poids économique, leurs connaissances, etc.

¹³³ J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », *in mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249, spéc. p. 252.

¹³⁴ J. MESTRE, *ibid.*

¹³⁵ J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », *in Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, p. 113, spéc. p. 114.

¹³⁶ Et donc *a fortiori* du petit professionnel.

¹³⁷ V. par ex. : A. OUTIN-ADAM et A.-M. REITA-TRAN, « Regards des PME sur l'interdépendance du droit des contrats et du droit du marché : quelques observations », *RDC*, 1^{er} oct. 2006, n° 4, p. 1349 ; Colloque du CREDA et de l'ESCP-EAP, 12 juin 2003, « Nos petites entreprises au seuil du XXI^e siècle – Quelles nouvelles réponses juridiques aux défis socio-économiques ? », *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2003, n° 340, p. 4 et s. ; G. MÄSCH, R.

nécessaire et enfin pertinente. La prise en compte de la taille du professionnel dans le monde économique actuel semblerait alors justifier le choix ou non de sa protection. Les affaires se traitent de plus en plus en fonction de la position du partenaire, de ses moyens financiers, qui sont autant de critères permettant de mettre en place une stratégie particulière de négociation.

Les situations où les juristes se trouvent confrontés aux problématiques relatives aux petits professionnels sont aujourd'hui nombreuses, spécialement au regard des difficultés qu'ils rencontrent¹³⁸. La singularité de ces petits professionnels justifie de plus fort leur considération. Ils peuvent paraître forts et faibles à la fois¹³⁹. Forts, par exemple face au consommateur, et encore est-ce toujours certain ? Il conviendra de le vérifier. Ainsi, « *il peut exister [...] des situations particulières dans lesquelles le rapport de force [entre le consommateur et le professionnel] est inversé : de petits artisans, par exemple, peuvent se trouver en face de clients exigeants* »¹⁴⁰, et parfois compétents dans un domaine défini¹⁴¹. Faibles, notamment face à d'autres contractants professionnels, mais là aussi, est-ce toujours le cas ? Une nouvelle fois, un état des réalités s'impose¹⁴². Ce travail s'inscrit à l'évidence dans une démarche principalement prospective, visant à se demander ce que pourrait engendrer l'évolution des relations entre professionnels ou même des relations que ceux-ci peuvent entretenir avec des consommateurs. Un professionnel est tributaire du consommateur par l'obligation d'écouler sa production ou vendre ses services. Ce seul état de dépendance ne peut-il pas le mettre en situation de faiblesse ? Le droit est contraint de maintenir l'égalité entre les contractants. Pour cela, il doit appréhender les réalités sociales et économiques. Malgré tout, la protection envisagée ne doit pas se traduire par une surprotection. Si tel était le

SCHULZE, G. WICKER (dir.), *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013.

¹³⁸ À titre illustratif, le nombre de PME faisant faillite chaque jour est très inquiétant, notamment en raison des retards de paiement qui fragilisent les petites structures (V. *Rapport annuel de l'Observatoire des délais de paiement 2018*, Banque de France, Eurosystem, avr. 2019, par J.-M. PROST et J.-P. VILLETTELLE, spéc. p. 28 et 48). De même, le taux de suicide chez les agriculteurs, tout particulièrement pour les petites exploitations, est alarmant : en 2015, la MSA a relevé un nombre total de suicides à hauteur de 605 personnes dont 372 exploitants non-salariés (V. *La MSA agit pour prévenir le suicide en agriculture*, Dossier de presse, 10 sept. 2019, spéc. fiche n° 6). Plus généralement, sur la dégradation de la situation des agriculteurs : v. *Étude d'impact du projet de loi EGalim*, 30 janv. 2018.

¹³⁹ En tant que « petit », il se retrouve plutôt dans le groupe des « parties faibles », tandis qu'en sa qualité de professionnel, il se rattache également au groupe des « parties fortes ». Son besoin de protection se fait ressentir mais une crainte demeure donc quant à son statut de professionnel. En outre, il semble englober une diversité, c'est pourquoi il apparaît aussi délicat de l'appréhender dans un ensemble homogène.

¹⁴⁰ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 1, p. 2.

¹⁴¹ Par ex., il est possible de penser ici à l'hypothèse du juriste dont la spécialité serait de rédiger des contrats et qui contracterait avec un petit professionnel moins connaisseur.

¹⁴² Par ex., une petite entreprise disposant d'un brevet innovant sur le marché, n'est-elle pas, quant à elle, en position de force ?

cas, le danger serait de faire du petit professionnel un fort¹⁴³ et cette éventualité doit être écartée, le projet devant aspirer à l'équité entre les acteurs.

Il conviendra donc d'analyser les situations et, si cela s'avère nécessaire, d'ordonner une nouvelle catégorisation au sein même des professionnels en se fondant sur la qualité propre à chaque contractant¹⁴⁴. En effet, si le consommateur est reconnu comme un contractant vulnérable et bénéficie à ce titre de l'estampille de « partie faible », entre professionnels « *il n'existe pas de partie faible identifiée* »¹⁴⁵. En raison de l'absence d'existence à proprement parler de professionnel en position de faiblesse et donc du petit professionnel en tant que tel, c'est-à-dire en tant que notion juridique autonome, cette étude est essentielle et fondamentale. Sa protection intervient nécessairement dans des domaines multiples et emprunte diverses voies. Il est d'ailleurs surprenant que le droit positif ne connaisse pas la catégorie spécifique du petit professionnel, sans pour autant le négliger totalement¹⁴⁶. S'il existe potentiellement un lien entre le petit professionnel et les professionnels faisant l'objet d'une attention particulière par le droit, la définition de cet acteur fait réellement défaut et doit être entreprise tant son intérêt pratique et théorique est évident, ce qui permettrait aussi une application simplifiée des normes. L'étude en est d'autant plus intéressante et surtout indispensable. En revanche, si les mesures existantes pour pallier certains décalages apparaissent suffisantes à assurer la pérennité des relations contractuelles entre professionnels, il faudra écarter ce nouvel ordonnancement.

L'éventuelle apparition d'une nouvelle catégorie fonctionnelle autour de la notion du petit professionnel se fait de plus en plus percevoir. Cette approche participe au besoin qu'a le droit de s'adapter à la pratique qui se veut toujours plus spécifique. Elle tend à répondre aux difficultés réelles évoquées dans les relations contractuelles entre professionnels, exceptionnellement entre professionnels et consommateurs. Effectivement, au travers de cette notion plus pragmatique, il s'agit surtout de pallier les difficultés que rencontrent les professionnels en situation d'infériorité. Les avancées de la réforme du droit des contrats vont en ce sens, mais il semble que le législateur se prive d'un atout plus efficace et plus précis.

¹⁴³ En effet, l'objectif ne doit pas être de créer un nouveau professionnel fort, qui pourrait inverser les états et prendre la place de celui qui se trouve initialement en position de force. Les paroles de Saint-Paul « *car, lorsque je suis faible, c'est alors que je suis fort* » (12, 1-10) dépasseraient ainsi le sens religieux. Le but est de tenter de rééquilibrer au maximum la relation contractuelle en cas d'infériorité de l'une des parties.

¹⁴⁴ En ce sens, C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002.

¹⁴⁵ G. CHANTEPIE, « La réforme en pratique. Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJCA*, n° 3, 2015, p. 122.

¹⁴⁶ Il semble bien, en effet, que le Droit, au travers de la jurisprudence par ex., fait parfois une place à la protection de certains professionnels en situation de faiblesse, sans toutefois identifier précisément le petit professionnel.

16. - **Contrat et protection.** Le contrat apparaît comme le socle des échanges économiques. Il s'agit d'un outil de prévisibilité et de sécurité fondé sur la liberté de chacun. C'est pourquoi, il est théoriquement à même d'assurer la protection des contractants sans qu'il soit nécessaire de mettre en place d'autres mesures. Dès lors qu'une partie a choisi de se soumettre à telle obligation en contrepartie de telle autre, la liberté est assurée. Pourtant, le propos doit être nuancé. En effet, il a été constaté que « *le consentement et le contrat ne suffisent en réalité pas à garantir la liberté, et ils en sont même parfois les fossoyeurs ; à l'inverse, l'interdit ou la dignité n'en sont pas toujours les ennemis* »¹⁴⁷. Aussi, la position bien souvent inférieure du petit professionnel dans la relation contractuelle ne lui apporte pas la garantie d'une liberté absolue. Au même titre que le consommateur, le petit professionnel peut se trouver soumis, emprisonné par les dispositions contractuelles pour lesquelles il n'a pas toujours exercé sa pleine liberté. Il convient par conséquent de mettre en place des mécanismes permettant d'assurer une protection efficace du petit professionnel, tant au regard de l'exécution de ses devoirs, que de l'exercice de ses droits.

17. - **Champ de l'étude.** Commencer à tracer le chemin nécessite également de déterminer les écueils à éviter et de savoir là où il ne faut pas se perdre. L'ampleur des domaines touchant aux relations entre professionnels est avérée. Délimiter un sujet est toujours arbitraire. Néanmoins, la nécessité de restreindre le champ de l'étude se dégage. Il convient tout d'abord d'exclure du champ d'investigation le droit social. Même s'il n'est pas contesté que le salarié soit un professionnel au sens large du terme, il n'entre pas précisément dans le cadre de la définition du professionnel retenue précédemment. En effet, la démarche entreprise concerne les professionnels dont l'autonomie dans la relation contractuelle est avérée, et non ceux qui se trouvent dans une situation de subordination¹⁴⁸. L'activité salariée d'un professionnel est donc, d'un point de vue contractuel, très différente de celle d'un professionnel indépendant. Ce travail tend à tenir compte du professionnel qui est amené à prendre un risque économique, ce qui paraît moins évident dans le cadre du droit social. Les

¹⁴⁷ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 16.

¹⁴⁸ Ainsi, « *Le droit du travail a pour objet le travail subordonné, celui qui s'exécute sous l'autorité, sous le pouvoir d'autrui* » et il « *ne concerne pas, en principe, les travailleurs indépendants (commerçant, artisan, agriculteur exploitant, professions libérales)* » : E. DOCKES et G. AUZERO, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 2015, n° 3, p. 3. Ce sont principalement les activités citées qui retiendront l'attention.

spécificités du droit du travail en font ainsi un droit tout à fait à part, ce qui justifie d'autant plus son exclusion du champ de l'étude¹⁴⁹.

Par ailleurs, si le droit de l'insolvabilité paraît constituer un domaine de manifestation de l'existence du petit professionnel justifiant d'être abordé dans sa prise en considération¹⁵⁰, l'étude entreprise n'envisage pas non plus de traiter à titre particulier des modalités et des traitements de l'insolvabilité du petit professionnel. Sa prise en considération par ce droit n'a pas seulement pour objectif de lui apporter une protection, mais aussi de répondre à une véritable politique budgétaire puisque les procédures dites plus « légères » sont bien souvent moins coûteuses¹⁵¹.

L'ambition de la recherche est donc d'apporter une contribution au développement de la notion de petit professionnel parfois trop négligée et pourtant incontournable dès lors qu'il s'agit de s'intéresser au droit contemporain des contrats et à la situation de chacun des acteurs économiques intervenant sur un marché donné. Cette analyse concernera donc de prime abord le droit des contrats qui constitue indéniablement la base, le fondement des relations et des échanges économiques. Comme déjà précisé, elle touche aussi le droit de la concurrence, le droit de la consommation, c'est-à-dire le droit moderne des affaires, pour ne pas dire le droit économique. Il convient de rechercher dans la doctrine, ainsi qu'en pratique les occurrences et exemples de l'attention accordée au petit professionnel. Il sera intéressant d'observer que ce dernier peut se dissimuler sous des appellations différentes, qui ne permettent pas toujours de faire ressortir son unité. Il est alors essentiel de le reconnaître sous toutes ses formes. En effet, pour parvenir à envisager et lui attribuer un régime juridique propre, il est nécessaire de le reconnaître et l'identifier. Considérer une notion inconnue et ignorée du droit sans réfléchir à un régime juridique particulier serait évidemment inconcevable. Dans cette optique, plusieurs branches du droit seront concernées et abordées.

¹⁴⁹ D'un point de vue juridique, il existe donc une distinction essentielle entre le professionnel salarié qui va être subordonné à une autorité hiérarchique et le professionnel indépendant qui contrôle l'exécution de son activité sans lien de subordination. C'est d'ailleurs ce qu'expliquait le Professeur SAVATIER en rappelant la « distinction fondamentale » entre travailleurs salariés et professionnels indépendants : J. SAVATIER, « Contribution à une étude de la profession », *Dix ans de conférences d'agrégation : Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 3 et s., spéc. n° 16.

¹⁵⁰ Il convient de penser ici aux remèdes apportés à l'insolvabilité du petit professionnel, notamment par le droit des entreprises en difficultés comme au travers de l'hypothèse du droit au rebond et de l'ensemble des procédures spécifiques de traitement des difficultés du petit professionnel (procédure de liquidation simplifiée, rétablissement professionnel, etc.). Les critères et seuils utilisés dans ce domaine constituent à l'évidence des éléments pertinents pour appréhender la notion unique de petit professionnel. En revanche, l'étude se limitant à l'analyse de ses rapports contractuels, elle ne justifie pas de prendre en compte les modalités de traitement de son insolvabilité.

¹⁵¹ Le coût et la longueur de la procédure vont en effet dépendre de l'importance de l'affaire à traiter, les frais étant bien souvent plus élevés pour une grande société que pour un petit professionnel personne physique par exemple pour qui la durée de la procédure sera moins longue.

Indéniablement, « *les différentes branches du droit ne sont pas isolées l'une des autres, elles comportent des points de divergence et de convergence, mais surtout elles se complètent et se chevauchent* »¹⁵². Tel est le cas notamment dans l'étude de la notion de petit professionnel qui a vocation à intéresser divers domaines du droit¹⁵³. D'ailleurs les connections entre le Code civil et les Codes spécifiques du droit de la consommation et du commerce sont de plus en plus importantes et les récentes réformes le confirment. Quelques chevauchements entre différents domaines du droit seront donc obligés pour procéder à l'analyse entreprise concernant le petit professionnel. Qui plus est, son rapprochement avec la PME et sa proximité avec les notions voisines ne peuvent être mis de côté. Après avoir traité de l'activité professionnelle indépendante, Monsieur BERT explique, en conclusion de sa thèse, que le nouvel enjeu réside désormais dans la considération apportée aux PME par le droit. Il s'interroge ainsi : « *le droit ne devrait-il pas prendre en compte la dimension de l'entreprise pour moduler et affiner les règles qui s'appliquent aux opérateurs économiques ?* »¹⁵⁴. L'auteur allant même jusqu'à envisager « *la création d'un véritable « droit des PME »* »¹⁵⁵. D'ailleurs, la question de la protection du petit professionnel n'est pas totalement nouvelle, particulièrement sous l'angle des PME¹⁵⁶. Mais la présente démarche conduit également à se pencher sur la question de l'entité, ou de la personne à protéger, ainsi que sur sa délimitation. En ce sens, il sera intéressant de mettre en évidence la proximité ou, à l'inverse, le décalage, pouvant exister entre la notion de PME et la notion de petit professionnel. De la même manière, il faudra évoquer les notions voisines comme celle de

¹⁵² S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, th. Montpellier, 2008, spéc. n° 789, p. 577.

¹⁵³ Outre l'étude du droit des contrats, celle du droit de la concurrence, du droit de la consommation et plus largement du droit du marché est indispensable dès l'instant que le petit professionnel se trouve au cœur même de leur chevauchement : forcément consommateur dans l'esprit en tant que « petit », il est avant tout un acteur économique de la concurrence. Bien plus, ces chevauchements s'expliquent car comme l'a relevé le Professeur HUET : « *Il ne faut pas s'étonner, au demeurant, de cette propension du Code civil à héberger des règles à caractère consumériste, car il est héritier d'une tradition romaine et de règles de l'Ancien droit qui participaient déjà de cette philosophie de protection du contractant présumé le plus faible* », J. HUET, « Introduction », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 1 et s., spéc. p. 3.

¹⁵⁴ D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. Boucobza, Fondation Varenne Collection de thèses, 2011, n° 607, p. 406.

¹⁵⁵ D. BERT, *ibid.*

¹⁵⁶ A ZENNER, « Les P.M.E. dans leurs relations avec les grandes firmes », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 163 et s. L'auteur s'est ainsi questionné : « *nous sommes amenés à nous interroger sur la protection instituée ou souhaitable en faveur des P.M.E. Faut-il une protection particulière à leur égard ? Est-elle justifiée, ou à tout le moins favorable ? Si oui, à quel type de protection faut-il songer ?* ».

« micro-professionnel »¹⁵⁷, afin de déterminer si elle désigne la même situation, ou seulement une partie des petits professionnels ? Cette dénomination n'est-elle pas trop réductrice ? La recherche du petit professionnel dans d'autres vocables susceptibles de le désigner et de l'appréhender s'en trouve légitime

III. Enjeux de l'étude

18. - **Constat.** Voilà quelques années, le Professeur LE TOURNEAU a souligné que l'« *une des plus notables évolutions du droit contemporain a été l'émergence de deux acteurs essentiels de la vie économique, le professionnel et le consommateur* »¹⁵⁸. Aujourd'hui, le curseur semble se déplacer de sorte qu'il convient de s'intéresser à un contractant « intermédiaire » car le tandem « consommateur-professionnel » manque de nuance et semble désormais de plus en plus relatif¹⁵⁹. À l'instar du Professeur MAZEAUD, il s'avère « *que se dessine en droit positif un tracé nouveau de la frontière entre les consommateurs et les professionnels, en matière contractuelle* »¹⁶⁰. En effet, s'il n'est pas nié que le consommateur demeure un contractant en situation de faiblesse ; certains professionnels qu'il est possible de qualifier de « petits »¹⁶¹, se retrouvent dans des situations similaires. Aussi, comme a pu l'exprimer un auteur, « *une main secourable n'est sans doute pas inutile en ces temps troublés où les situations de détresse sociale et économique se banalisent* »¹⁶².

19. - **Nouveau statut.** L'absence de traitement général autour de la situation des professionnels en raison de leur position contractuelle et de leur taille est marquante. Même si les relations entre ces contractants font l'objet d'une attention avérée et particulière de la part

¹⁵⁷ G. LOISEAU, « Les micro-professionnels assimilés à des consommateurs », *CCE*, n° 11, 2018, comm. 82, note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319.

¹⁵⁸ Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile professionnelle*, Economica, 1995, p. 5.

¹⁵⁹ En ce sens, v. le titre évocateur : « Faut-il protéger les professionnels contre les clauses abusives ? » (Titre IV), in *Les clauses abusives entre professionnels*, C. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), Paris : Economica, Collection Etudes juridiques, 1998.

¹⁶⁰ D. MAZEAUD, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, n° 17, p. 528.

¹⁶¹ Malgré l'absence de définition concrète, qu'il faudra à cet égard préciser, il est intéressant de relever l'emploi de plus en plus régulier de ce qualificatif. V. not., J. SENECHAL, « Le contenu des contrats », in *Le droit commun européen de la vente - Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, O. DESHAYES (dir.), SLC, coll. TEE, 2012, p. 137 ; T. GENICON et D. MAZEAUD, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 1^{er} oct. 2012, n° 4, p. 1469 ; D. VOINOT, « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure FRANÇOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso Editions, 2012, p. 565.

¹⁶² S. LE GAC-PECH, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.*, 2014, p. 581.

du législateur¹⁶³, un manque de clarté en la matière et une approche plutôt implicite peuvent être constatés. Ainsi, si l'objectif du législateur réside dans la protection de quelques parties professionnelles, ces dernières ne sont pas directement nommées.

Catégoriser et considérer des critères de démarcation relèvent précisément de la mission du juriste ainsi que de son rôle¹⁶⁴. Le développement des relations contractuelles et l'apparition de nouveaux acteurs nécessitent une réponse ainsi qu'un encadrement juridique au regard de la sécurité et de la protection des contractants. Toutefois, lorsqu'il s'agit de s'intéresser au petit professionnel, notion inconnue du droit français, il convient d'avoir à l'esprit que « *dans le monde actuel, la tâche de penser ce qui devrait être est aisée. Celle de penser autrement ce qui est s'avère infiniment plus ardue* »¹⁶⁵. Les réticences dans l'appréciation de cette notion en sont un exemple. Indéniablement, le petit professionnel existe dans la réalité mais semble être négligé par le droit dans son appréciation spécifique et son originalité. Or, le consommateur n'est plus considéré comme le seul contractant « faible » qui nécessite une protection particulière. En effet, même si « *les relations « professionnels-professionnels » demeurent le Sanctuaire, la Terre Sainte d'un Droit des contrats à base de liberté et de Responsabilité* »¹⁶⁶, il peut être affirmé que « *le label de professionnel n'est pas un antidote à l'inégalité et à l'injustice contractuelle* »¹⁶⁷. Le même auteur a également expliqué que « *depuis un quart de siècle, se met en place un régime contractuel spécifique aux contractants professionnels* »¹⁶⁸. C'est pourquoi, la prise en compte du professionnel « partie faible » se révèle à cet égard incontournable. En effet, s'il n'est pas contestable que dans la relation entre un consommateur ou un non professionnel et un professionnel, une

¹⁶³ Par ex., l'art. L. 442-1 du Code de commerce issu de l'ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019 (C. com., anc. art. L. 442-6) s'intéresse à la question des déséquilibres dans les contrats conclus entre professionnels en listant et sanctionnant certaines pratiques abusives.

¹⁶⁴ L'enseignement du Professeur ROUHETTE demeure ainsi à l'esprit, celui-ci expliquant avec justesse : « *Dans le flot trouble et changeant que la vie roule devant ses yeux, le juriste – homme qui sait distinguer – trace des catégories, sépare, classe ; il porte son ordre au sein des choses et, habile à définir, il assigne à chacune, avec son nom, sa place. Quand donc il se soucie du sens des mots, mieux qu'un pur langage, c'est une certaine image du monde qu'il poursuit* » : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, p. 1.

¹⁶⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, « Pour penser autrement ce qui est : l'importance des notions dans l'œuvre de Georges Rouhette », in *Hommage à Georges ROUHETTE*, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013, p. 21.

¹⁶⁶ J.-M. MOUSSERON, *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Rapport de synthèse*, PUAM, 1990, p. 225, spéc., p. 234.

¹⁶⁷ D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD Com.*, 1998, n° 16, p. 95. *Adde*, S. LE GAC-PECH, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », art. préc., où selon l'auteur il est primordial de « *rompre avec l'idée simplificatrice et angélique que la faiblesse est l'apanage du consommateur* ».

¹⁶⁸ D. MAZEAUD, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, n° 2, p. 518. L'auteur précise à la suite qu'il s'agit d'un « *régime protecteur* ».

disparité des positions est criante, et le droit de la consommation l'atteste, il n'est pas à exclure qu'une telle différence puisse exister entre des professionnels. L'intérêt de l'étude apparaît donc particulièrement prospectif.

Section III : Problématique

20. - **Vers une prise en compte du petit professionnel.** Compte tenu des enjeux exposés et des objectifs relevés, l'étude entreprise nécessite de s'interroger : existe-t-il un contractant petit professionnel dont la prise en compte s'imposerait avec évidence et dont la situation justifierait une protection particulière dans ses relations contractuelles, motivant ainsi l'établissement d'une nouvelle catégorie ?

Pour appréhender cette problématique, il est indispensable de répondre à des questions préalables. Le critère de la taille est-il si pertinent et efficace ? Doit-il être réellement retenu pour appréhender les situations évoquées et apporter une solution à ces acteurs dans leurs rapports contractuels, étant donné les évolutions pratiques et économiques subies ? Si la taille semble conditionner la situation du petit professionnel, sa qualification et la méthode pour l'intégrer au sein de l'ordre juridique doivent être approfondies. Les dispositions existantes sont-elles ainsi adaptées pour régir cette réalité ? Si nécessaire, de quelle manière intégrer le petit professionnel au sein de l'ordre juridique ?

Pour répondre à ces interrogations qui ouvrent un large débat au sein du droit des affaires s'agissant de la position des acteurs sur le marché, l'étude exclusive du droit national ne saurait suffire et il convient de prendre de la hauteur afin de dépasser les frontières.

21. - **Méthode et apport du droit supranational.** Pour appréhender l'indéniable besoin de reconnaître et de définir le petit professionnel en vue de sa protection, des remarques doivent être apportées sur la méthode à suivre. Privilégier une approche nationale en tenant tout de même compte des normes supranationales est fondamental. C'est pourquoi, les nombreuses réflexions menées notamment par les autorités européennes sur les relations contractuelles impliquant un petit professionnel ne doivent pas être négligées. À l'heure actuelle, le contexte européen ne peut pas être ignoré ni son apport écarté dans le cadre de l'étude entreprise. Puisque le développement du marché européen a offert de nouvelles opportunités aux acteurs économiques et facilité les échanges entre partenaires de chaque pays de l'Union européenne, les progrès du droit européen et l'inspiration qu'il engendre

constituent une source de réflexion importante. Existerait-il désormais un droit européen des contrats effectif et applicable spécifiquement en présence d'un petit professionnel ? La question mérite d'être posée¹⁶⁹. Bien que des volontés s'affirment de part et d'autre¹⁷⁰, un droit européen des contrats a progressivement émergé ces dernières années, tant au travers des directives et règlements que des projets doctrinaux¹⁷¹. Le droit a connu une évolution au niveau de ses sources¹⁷². Si jusqu'à la fin du XX^e siècle, les sources nationales ont dominé, l'influence du droit européen est désormais incontestable et l'« *on peut le dire d'emblée, les sources communautaires du droit des contrats sont importantes* »¹⁷³. Cette européanisation des sources du droit perdure¹⁷⁴. Les Principes du Droit Européen du Contrat (PDEC) élaborés

¹⁶⁹ V. not., D. TALLON, « Vers un droit européen du contrat ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 485 ; B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 et s ; C. JAMIN, « Un droit européen des contrats ? », in *Le droit privé européen*, P. VAREILLES-SOMMIERES (dir.), Colloque des 30 janv. et 1^{er} févr. 1997, Études juridiques, Economica, 1998, p. 40 et s ; C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Collection Etudes juridiques, Economica, 2001 ; E. TRUILHE, *Vers un droit communautaire des contrats*, thèse Aix-en-Provence, 2002 ; D. FENOUILLET et P. REMY-CORLAY (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Colloque des 30 et 31 janv. 2003, Thèmes et commentaires, 2003 ; C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003 ; R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRÛM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Colloque du 22 juin 2007, SLC, vol. 8, 2008.

¹⁷⁰ Sur cette question, de manière non exhaustive, v. en faveur d'un droit européen du contrat : G. GANDOLFI, « Pour un Code européen des contrats », *RTD civ.*, 1992, p. 707 ; D. TALLON, « Vers un droit européen du contrat ? », préc. ; C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.*, 2000, p. 79 ; D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur du droit européen des contrats ? », in *Mélanges Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 309. V. pour des critiques concernant un droit européen des contrats : Ph. MALAURIE, « Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP G* 2002, I, 110 ; G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, p. 351 ; D. BLANC et J. DEROULEZ, « La longue marche vers un droit européen des contrats », *D.*, 2007, p. 1615.

¹⁷¹ Pour les projets doctrinaux v. not. : G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, coll. « Droit privé comparé et européen », SLC, vol. 2, 2003 ; *Code européen des contrats*, sous la direction de G. GANDOLFI, Milano, A. Giuffré, 2004 ; *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, sous la coord. B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, et sous la dir. A. TENENBAUM, SLC, vol. 6, 2008 ; *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, sous la coord. B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, et sous la dir. G. WICKER et J.-B. RACINE, SLC, vol. 7, 2008 ; *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame Reference (DCFR)*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), edited by Ch. VON BAR, Sellier European Law Publishers, 2008. Bien que d'origine doctrinale, ce droit souple ou *soft law*, a une influence considérable et pèse sur l'élaboration des normes impératives.

¹⁷² Association Henri Capitant, Journées Nationales, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Tome I/ Lille – 1996.

¹⁷³ J. HUET, « Les sources communautaires du droit des contrats », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, préc., p. 11.

¹⁷⁴ À cet égard, la politique engagée par la Commission européenne pour une Europe numérique illustre la volonté de construire un marché unique numérique et de mettre en œuvre des actions en ce sens v. not. : Communication de la Commission européenne du 25 avr. 2018 « Vers un espace européen commun des données », COM(2018) 232 final ; Communication de la Commission européenne du 15 mai 2018 « Achever un marché unique numérique inspirant confiance pour tous », COM(2018) 320 final. En effet, alors que le marché unique numérique constitue un environnement propice à la croissance et à la création d'emplois, « *seule une entreprise européenne sur cinq est fortement numérisée* » (p. 9 de la Communication du 15 mai 2018). Aussi, la Commission se donne les moyens d'atteindre les objectifs fixés en présentant une proposition de règlement « établissant le programme pour une Europe numérique pour la période 2021-2027 », COM(2018) 434 final. Il

sous la direction du Professeur LANDO¹⁷⁵ et leurs déclinaisons comme les Principes européens des contrats de distribution¹⁷⁶, ouvrent une voie à l'avancée des réflexions sur le petit professionnel, d'autant que son étude conduit à aborder le point de vue de la politique juridique parfois très discutée¹⁷⁷.

Depuis l'Acte unique européen des 17 et 28 février 1986¹⁷⁸, il s'agit de promouvoir le marché intérieur commun. Les échanges entre les États de l'Union européenne ont alors augmenté au point de devenir une part non négligeable de leur commerce extérieur. Les États membres conservent l'essentiel des prérogatives de mise en œuvre de ce droit. Il faut tout de même noter que le domaine de compétence des Institutions européennes s'élargit, ce qui a fait naître l'idée d'une harmonisation européenne du droit des contrats. La compétence de l'Union européenne en matière contractuelle n'est toutefois pas absolue et fait l'objet de débats.

Pour la présente recherche, il s'avère donc essentiel d'observer l'influence du droit européen des contrats sur le droit français¹⁷⁹, particulièrement dans l'hypothèse envisagée, d'autant plus depuis la communication de la Commission européenne de 2001¹⁸⁰. Sans revenir sur l'ensemble de l'histoire et des débats récurrents autour d'un droit européen des contrats¹⁸¹, il est tout de même intéressant de constater que les réflexions de la Commission se tournent principalement vers les hypothèses dans lesquelles une protection semble nécessaire. Les apports de cette approche européenne sont profitables puisque sa portée complète celle du

s'agit notamment de permettre aux PME de s'adapter à la transformation numérique en rendant accessibles l'accès à des solutions informatiques, aux capacités numériques et aux réseaux. Sur l'ensemble de la question, v. not. : C. CASTETS-RENARD, V. NDIOR et L. RASS-MASSON, « Le marché unique numérique : quelles réalités matérielles et conceptuelles ? (Compte-rendu du colloque du 14 sept. 2018, Université Toulouse Capitole) », *D.*, 2019, p. 956 et s. Les auteurs attirent toutefois l'attention sur les écueils rencontrés et expliquent que « *le marché unique numérique est le reflet de l'évolution de l'Union européenne avec ses difficultés, contradictions mais aussi réalisations et valeurs, lesquelles s'exportent ici plus facilement, portées par l'immatérialité de son objet sans frontières* », spéc. p. 962.

¹⁷⁵ V. G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*

¹⁷⁶ V. not. : Fr.-X. LICARI, *RIDC*, n° 1, 2007, p. 197 et s., comm. des *Principles of European Law. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (par le *Study Group on a European Civil Code* dirigé par le Professeur VON BAR).

¹⁷⁷ En ce sens, il ne faut pas oublier que « *la sagesse commande [...] de se rappeler que le génie européen a été de fonder notre communauté économique sur le règne du Droit* » et « *[d']ancrer le marché sur des règles, solides et objectives, et non pas sur des décisions politiques, où l'arbitraire le disputera à la démagogie* » : D. BOSCO, « La « faute politique » serait de politiser le contrôle des concentrations », *CCC*, n° 5, mai 2019, repère 5. Cette recommandation doit être à l'évidence gardée à l'esprit lorsqu'il s'agit de s'intéresser à l'étude du petit professionnel et des politiques européennes le concernant.

¹⁷⁸ *JOCE*, n° L 169, du 29 juin 1987.

¹⁷⁹ H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. A. GHOZI, PUAM, 2002.

¹⁸⁰ COM(2001) 398 final.

¹⁸¹ Sur ce point, C. MAISONNEUVE, « Approche historique du droit européen des contrats », in *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »*, *Contributions du LEJEP*, O. DESHAYES (dir.), Collection LEJEP, Lextenso, 2011, p. 27 et s.

droit français. Lorsque le droit européen intervient par le biais de directives ou de règlements, il s'agit principalement de pallier un déséquilibre ou de prendre en compte un décalage entre acteurs économiques¹⁸². Cela s'avère essentiel du fait que le droit européen des contrats touche en grande partie les rapports entre professionnels ; l'existence et la bonne conduite du marché européen ne peuvent pas en outre être ignorées. De plus, les échanges entre États membres représentent la majorité des relations extérieures¹⁸³.

Plus précisément, il est impératif de considérer les travaux approfondis de la Commission européenne, tels que la recommandation du 6 mai 2003 pour la définition des « micro, petites et moyennes entreprises »¹⁸⁴, la communication du 4 octobre 2007 pour appréhender le rôle « capital » des petites et moyennes entreprises¹⁸⁵ ou encore la communication du 25 juin 2008 pour un « Small Business Act » pour l'Europe¹⁸⁶. Toutes ces réflexions ont été accompagnées par l'élaboration de la « Charte européenne des petites entreprises » le 13 juin 2000¹⁸⁷.

Au travers de la volonté de mettre en place encore récemment un règlement européen pour le droit de la vente¹⁸⁸, et désormais de réfléchir à l'élaboration d'un « Code européen des affaires »¹⁸⁹, il est attesté de l'envie de construire un droit cohérent qui répond aux besoins de

¹⁸² Sur cette question, v. not. la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 déc. 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *JOUE*, n° L 372, du 31 déc. 1985, p. 31 ; la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE*, n° L 095, du 21 avr. 1993, p. 29 ; la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOUE*, n° L 144, du 4 juin 1997, p. 19 ; la directive 1999/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOUE*, n° L 171, du 7 juill. 1999, p. 12 ; la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 oct. 2011, relative aux droits des consommateurs, *JOUE*, n° L 304, du 22 nov. 2011. *Adde*, les divers règlements d'exemption, par ex., le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission, du 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE*, n° L 102, du 23 avr. 2010.

¹⁸³ Pour une analyse statistique détaillée des échanges au sein de l'Union européenne et entre l'Union européenne et les autres partenaires mondiaux, v. le communiqué de presse d'Eurostat qui met en valeur la prédominance du commerce entre états membres, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6760212/6-27032015-ap-fr.pdf/6d569707-d161-4abc-b901-9472a9a8fcec>.

¹⁸⁴ Recommandation 2003/361/CE de la Commission, du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *JOUE*, n° L 124, du 20 mai 2003, p. 36.

¹⁸⁵ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2007) 592 final, du 4 oct. 2007, sur le rôle capital des petites et moyennes entreprises dans la stimulation de la croissance et de l'emploi. Une révision à mi-parcours de la politique moderne des PME.

¹⁸⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2008) 394 final, du 25 juin 2008, « Think Small First » : Priorité aux PME, un « Small Business Act » pour l'Europe.

¹⁸⁷ Annexe III des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Santa Maria da Feira des 19 et 20 juin 2000.

¹⁸⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011, SEC(2011) 1165 final, COM(2011) 635 final.

¹⁸⁹ V. not., R. CABRILLAC, « Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne », *D.*, 2019, chron., p. 1191.

tous les acteurs économiques du marché européen¹⁹⁰. Si le droit européen ne permet certainement pas de régler toutes les questions posées et rencontre actuellement certaines difficultés¹⁹¹, il constitue un élément à privilégier et à exploiter pour le petit professionnel.

Sur un autre plan, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a mis en place des normes en matière contractuelle, notamment pour la vente de marchandises entre professionnels. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) du 11 avril 1980 participe ainsi à l'encadrement et à la sécurisation des échanges commerciaux. Aussi, elle tend à s'appliquer par défaut si aucun droit n'a été choisi par les parties. Également, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) qui a élaboré des principes relatifs aux contrats du commerce international contribue à cette logique¹⁹². En s'appliquant exclusivement aux relations entre professionnels, ces travaux aboutissent à la mise en place d'un régime favorable à l'équilibre des contrats et donc au petit professionnel même s'il n'est pas formellement déterminé. En effet, répondant à un objectif d'harmonisation et de sécurisation du droit pour les échanges commerciaux, les normes instaurées s'évertuent dans certaines hypothèses à protéger l'un des contractants¹⁹³.

Section IV : Cheminement

22. - **Démarche.** Comme expliqué précédemment, étudier la notion du petit professionnel amène inévitablement à le reconnaître avec ses besoins, à s'interroger sur sa protection et à en déduire des mesures concrètes. C'est pourquoi, il faut avant tout faire un

¹⁹⁰ Bien que limité au contrat de vente, le projet de règlement pour un droit commun européen de la vente s'inscrivait indéniablement dans le cadre plus large d'un droit européen des contrats. À cet égard, si la progression d'un droit européen des contrats et d'un droit civil commun est « *actuellement en panne* », la mise en place d'un Code européen des affaires apparaît possible dès lors que « *les droits des affaires nationaux, qui ne concernent que les activités économiques, ne devraient pas susciter un tel attachement, les acteurs du monde économique étant sans doute plus réceptifs aux avantages apportés par l'Union européenne que l'ensemble de la population* » : R. CABRILLAC, art. préc., spéc. n° 9.

¹⁹¹ Not. dans le processus de mise en œuvre d'un droit commun des contrats et tout particulièrement d'un Code civil européen. En ce sens : S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008. V. égal., D. MAZEAUD et B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC, 2003.

¹⁹² *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, 2016, 4^e éd. disponible à l'adresse suivante : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>. Pour une présentation générale, v. not. : B. FAUVARQUE-COSSON, « Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : nouvelles perspectives, nouveaux enjeux », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 737 et s.

¹⁹³ Par ex., il faut succinctement noter que le vendeur n'est soumis à aucune obligation de garantie (art. 30 de la Convention), contrairement aux dispositions du droit commun national (art. 1603 du C. civ.).

« état des lieux » et distinguer cet acteur économique¹⁹⁴. L'identification des occurrences et des hypothèses dans lesquelles ce contractant apparaît aidera donc à le définir. De toutes les failles mises en évidence, son besoin de protection ressortira naturellement et, grâce à la détermination de cette nécessité¹⁹⁵, la réflexion pourra alors être menée autour d'un régime protecteur.

Le droit s'est adapté pour le consommateur, il est dorénavant indispensable de se pencher sur la question des inégalités entre les professionnels. Des déséquilibres sont susceptibles d'exister même entre eux. Dès le départ le professionnel semble, par principe, exclu de toute prise en compte particulière et/ou de toute protection. Pour autant, il s'agit de s'intéresser aux professionnels, majoritaires en nombre, que chacun côtoie quotidiennement sans penser à leur situation : les petits professionnels. Une fois ce constat effectué, il convient de proposer une méthode pour tendre à une véritable considération du petit professionnel, en esquisant une définition de celui-ci, puis de l'envisager au travers d'un régime protecteur¹⁹⁶.

Aussi, l'étude des finalités de cette protection ne peut être dissociée de l'étude des critères qui définissent son cadre. Partant de cette identification et du pourquoi, il sera par la suite essentiel de répondre à la question du comment. Certes, il est d'un grand intérêt de reconnaître l'existence de cette partie qui est amenée à contracter, mais s'arrêter là ne mènerait à rien. Il est donc également impératif de lui rattacher un régime protecteur efficace, l'ensemble étant consubstantiel. De la prise en compte d'une notion nécessaire au droit, à l'application d'un régime efficace pour celle-ci, le chemin est tracé.

Si les mécanismes contractuels d'aujourd'hui ont vocation à assurer la protection de la partie faible, des réticences demeurent et ils ne paraissent pas totalement adaptés à la situation du petit professionnel. Lui assurer un traitement équitable et équivalent à celui de l'ensemble des contractants doit être une préoccupation du législateur actuel et du juriste contemporain, ce qui n'empêche aucunement la réalisation du marché et l'essor de l'économie libérale. Bien au contraire, en plus de la certitude de voir disparaître la majeure partie des difficultés personnelles, telles que les retards de paiement ou les endettements importants, qui aboutissent souvent à la cessations d'activité, assurer une place à chacun et notamment au petit professionnel constitue un véritable vecteur de développement économique et de la richesse du marché. Dans cette optique, il conviendra de rappeler que la justice sociale et l'efficacité économique ne sont pas totalement ni nécessairement incompatibles.

¹⁹⁴ Qui est-il ? Quelle est sa situation ? Quelles sont ses possibilités, son aisance, ou au contraire ses difficultés ?

¹⁹⁵ Pourquoi le protéger ? Dans quel but ?

¹⁹⁶ En ce sens : J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255, n° 3.

En résumé, après avoir constaté l'inadaptation du droit positif actuel à la prise en compte du statut de petit professionnel, aucune notion connue ne permettant de l'appréhender, aucun régime de protection spécifique ne lui correspondant précisément, il sera impératif de cibler ses caractéristiques propres et de procéder à un essai de définition le concernant. Puis, le constat des devoirs et obligations auxquels il est soumis aidera à envisager l'élaboration d'une protection adaptée.

23. - **Plan.** Délimité dans son étendue et précisé dans sa portée, le travail de recherche engagé autour du petit professionnel peut être entrepris, tant au travers de l'étude de la notion de petit professionnel (**Première partie**) que dans l'élaboration de sa protection dans ses relations contractuelles (**Seconde partie**).

- **PREMIÈRE PARTIE : LA CATÉGORIE ORIGINALE DE PETIT PROFESSIONNEL**

- **SECONDE PARTIE : LA PROTECTION SPÉCIFIQUE DU PETIT PROFESSIONNEL**

PARTIE I :
LA CATÉGORIE ORIGINALE
DE PETIT PROFESSIONNEL

Introduction Première Partie

« L'important aussi pour les juristes qui suivent les évolutions sociales, c'est d'explorer les faits, mais de les explorer, bien sûr, avec leurs instruments d'analyse. Et notamment « les intérêts juridiquement protégés », définition plus « factuelle » des droits »¹⁹⁷.

24. - **Adaptation et mouvement du droit.** Comme l'a justement relevé le Doyen CARBONNIER : « *Non seulement le droit change, mais il doit changer, changer pour s'adapter* »¹⁹⁸. Le droit a ainsi connu de nombreux mouvements, et ce phénomène se poursuit. Le petit professionnel s'inscrit indéniablement dans cette direction. Il conduit, comme d'autres notions, le droit vers une adaptation à une nouvelle réalité. C'est ce mouvement qu'il est intéressant de percevoir dans l'analyse entreprise.

25. - **Explications.** Le petit professionnel est-il présent dans le paysage et les schémas juridiques actuels ? Dans la négative, la reconnaissance de ses caractéristiques pourrait déboucher sur une définition, voire sur la consécration de sa propre notion. Certes, comme tout professionnel, il est perçu en position de force, mais la situation n'est pas aussi

¹⁹⁷ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 77.

¹⁹⁸ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Champs essais, Flammarion, 1996, p. 10.

simple et les solutions à adapter ne sont pas évidentes. Aussi, ne pas prendre en considération la réalité des événements conduit à affaiblir la pertinence de ce qui a été créé. L'intérêt est donc de renforcer les constructions établies afin de ramener l'attention sur l'esprit protecteur du droit pour l'ensemble des personnes et entités en ayant besoin. Le petit professionnel doit par conséquent être appréhendé pour lui-même, tout comme les autres contractants en situation de faiblesse et déjà identifiés.

26. - **Méthode et démarche.** L'approche du petit professionnel est délicate en raison de l'absence de cette notion dans l'ordre juridique. Une comparaison avec l'existant la précisera grâce aux similitudes ainsi qu'aux différences mises en avant, et les limites générées par la situation actuelle seront observées. Tous ces recoupements permettront de mettre en évidence ce que le petit professionnel est, ou n'est pas, aidant alors à le reconnaître ou, au contraire, à le différencier au sein de ces catégories. Le constat d'échec susceptible d'en découler invitera alors à poursuivre la recherche de ce contractant et tout cela constituera un outil précieux pour identifier les pistes afin d'appréhender sa notion.

L'état des lieux de ce qui est connu et pratiqué aujourd'hui ne saurait donc suffire, dès lors qu'il apparaît indispensable d'apprécier l'originalité du petit professionnel et de déterminer qui il est exactement. Il ne faut pas se contenter de le réduire aux catégories déjà définies. En effet, ce n'est que s'il constitue la manifestation d'une réalité particulière qu'il pourra être considéré comme une catégorie originale, et sa signification réelle ne pourra intervenir qu'une fois son autonomie juridique établie. Après l'avoir distingué des catégories et protections existantes, il sera alors possible de rechercher ce qui le caractérise et de tenter d'établir une définition.

27. - **Plan.** Il convient ainsi de démontrer par la critique de l'ordre juridique actuel que si le petit professionnel est irréductible aux catégories et protections établies (**Titre I**), il présente des caractéristiques propres à la source d'une véritable catégorie originale (**Titre II**).

- **Titre I : Le petit professionnel irréductible à l'existant**
- **Titre II : Le petit professionnel aux caractéristiques propres**

TITRE I :

LE PETIT PROFESSIONNEL IRRÉDUCTIBLE A L'EXISTANT

28. - **Présentation.** Les raisons de croire à un lien entre le petit professionnel et les catégories, notions et concepts, déjà reconnus sont multiples. Ceux-ci étant les seuls à être établis, ils constituent la base comparative de toute approche nouvelle. D'un point de vue général et par bien des aspects, le petit professionnel semble se rapprocher de certaines catégories, d'une part, dans l'essence même de leur raison d'être et, d'autre part, dans la recherche d'une protection adéquate. Sous certains angles, un renversement des postulats peut être perçu au travers du rapprochement entre le petit professionnel et le consommateur, ou encore entre le petit professionnel et le non-professionnel.

En matière contractuelle, la partie faible est souvent présentée au travers du prisme du consommateur, contractant vulnérable par excellence en opposition au professionnel. Cette approche principalement juridique nie toutefois l'apparition de plus en plus accentuée de certaines notions plus éloignées du droit. Notamment, le terme d'entreprise devient d'usage et témoigne d'une ouverture progressive du droit sur un monde resté assez étanche : l'économie. De cette approche économique du droit ressort la nécessité d'une analyse tant juridique qu'économique du petit professionnel¹⁹⁹.

La prise en compte de la qualité des contractants²⁰⁰ a très rapidement été perçue comme indispensable²⁰¹, notamment pour définir le domaine d'application de certaines règles de droit

¹⁹⁹ Tout spécialement en droit des contrats, en droit de la concurrence, et plus généralement en droit des affaires.

²⁰⁰ Au sens de « *catégorie objective à laquelle elle appartient* » : C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002, spéc. n° 13, p. 11.

²⁰¹ Même si elle ne s'est pas faite sans critique, v. not. : J. HUET, « Introduction », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 1 et s., spéc. p. 3. L'auteur évoque la possibilité d'insérer dans le Code civil certaines règles issues des droits spéciaux comme le

dont la vocation générale ne correspondait pas à la finalité recherchée²⁰². Désormais, la qualité spécifique des parties au contrat apparaît essentielle pour déterminer le champ d'application de plusieurs droits, tels le droit de la consommation, ou encore le droit commercial. Prétendre que le petit professionnel est méconnu par les autres catégories revient donc nécessairement à s'intéresser à ce qu'il n'est pas²⁰³, avant même de pouvoir envisager ce qu'il est réellement.

Pour cela, deux approches doivent être successivement menées. Tout d'abord, face aux multiples notions, concepts, ou catégories, déjà sollicités en droit, une synthèse s'impose. Une appréciation concrète et précise des notions présentes en ce domaine s'avère déterminante afin de démontrer que le système juridique français néglige le petit professionnel. Ensuite, de cette analyse découlera l'étude du modèle ou du système de protection mis en place afin de tenir compte des spécificités de chacun, et il conviendra alors de rechercher si le petit professionnel répond également à ces critères de protection. Apprécier les notions existantes pour ensuite les confronter aux protections mises en place, permettra ainsi de déterminer ce que n'est pas le petit professionnel.

29. - **Plan.** La recherche du petit professionnel dans les catégories existantes (**Chapitre I**) sera suivie de sa recherche dans les protections existantes (**Chapitre II**), cet état des lieux permettant de mettre en évidence les éventuelles carences à son détriment.

- **Chapitre I : Le petit professionnel méconnu par les catégories existantes**
- **Chapitre II : Le petit professionnel insatisfait par les protections existantes**

droit de la consommation, ce qui est de nature à remettre en question la nécessité d'appréhender les contractants selon leur qualité spécifique. Adde, F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. Évry-Val-d'Essonne, dir. D. HOUTCIEFF, 2015.

²⁰² C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, *op. cit.*, n° 13, p. 11.

²⁰³ Ainsi qu'aux raisons qui engendrent cette situation.

CHAPITRE I :

Le petit professionnel méconnu par les catégories existantes

30. - **Constat liminaire.** La faiblesse reconnue chez divers contractants a conduit le législateur à instaurer certaines catégories²⁰⁴, comme une forme de palliatif au déséquilibre né d'un contrat. Le petit professionnel n'apparaît pas dans ces classifications. Pour quelles raisons la petite taille de ce contractant n'est-elle pas appréhendée par le droit ? Une démarche rétrospective s'impose en reprenant l'existant au travers d'un cheminement historique. Appréhender ce que peut ou pourrait être le petit professionnel conduit ainsi à relever le « dysfonctionnement », voire l'insuffisance des catégories actuelles au travers desquelles s'apprécie la réalité des acteurs économiques.

31. - **Démarche.** Les situations évoluent, le droit se spécialise, la pratique juridique suit également ce chemin. À cet égard, le petit professionnel ne peut pas, semble-t-il, être réduit à une vision trop manichéenne entre le consommateur et le professionnel, ni à une vision parfois inadaptée du non-professionnel, simple faveur *a priori* accordée aux personnes morales qui n'agissent pas dans le cadre de leur profession²⁰⁵. Le droit ne paraît pas faire application d'une approche exclusive au profit du petit professionnel. À première vue, et ne serait-ce que sur le plan de la terminologie, les catégories existantes apparaissent inappropriées à saisir la situation de cet acteur²⁰⁶, ce qui est de nature à engendrer des conséquences notables susceptibles d'influencer sa protection. Il convient dès lors d'envisager l'analyse des notions proches de celle de petit professionnel pour apprécier la place laissée à ce contractant.

²⁰⁴ V. not., C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002.

²⁰⁵ V. pour une approche générale : O. GRAF, *La personne morale : un non-professionnel ?*, th. Aix-Marseille, 2015.

²⁰⁶ De prime abord et d'un point de vue sémantique, il semble évident que les termes de « consommateur », de « non-professionnel », ou encore de « commerçant » ne désignent pas en elles-mêmes le « petit professionnel ».

32. - **Plan.** S'attarder sur l'étude des catégories existantes conduit donc à l'appréciation des notions voisines reconnues en matière contractuelle (Section I), et également à celle des notions concurrentes inspirées par un mouvement plus économiste (Section II).

Section I : Le petit professionnel et les catégories contractuelles voisines

33. - **Généralités.** Classiquement, le Code civil ne distingue pas les contractants selon des critères spécifiques tenant notamment à leur taille²⁰⁷, ni selon une approche économique permettant, par exemple, de déterminer leur position sur un marché donné. Néanmoins, la partie faible a pu faire l'objet d'une certaine bienveillance et ce, sous forme d'un standard qui n'apparaît pas toujours aisé à cerner²⁰⁸. Malgré tout, la société et plus particulièrement le droit opèrent des distinctions donnant naissance à de véritables catégories juridiques²⁰⁹ en tenant compte des inégalités entre partenaires, et ce depuis quelque temps²¹⁰. Cette prise en considération concrète de la qualité et de la vulnérabilité de certains contractants a justifié la création de palliatifs par l'instauration de plusieurs catégories spécifiques, tout particulièrement dans le domaine consumériste. Si selon Monsieur NOBLOT « l'identification des contractants assujettis au droit de la consommation est assez simple »²¹¹, leur appréhension a été le fruit d'un long processus et fait encore l'objet de débats en dépit des récentes interventions législatives. L'analyse, à ce stade, tend bien à considérer le petit professionnel au travers de ce qu'il n'est pas, c'est-à-dire ici par opposition aux notions et concepts reconnus dont il faudra vérifier s'ils permettent ou non de l'appréhender en tant que tel. Il est donc intéressant d'envisager sa définition par opposition aux notions de consommateur et de non professionnel, elles-mêmes apparues en opposition à celle de professionnel qui semble avoir l'aspect le plus « redoutable ». Une approche générale de ces

²⁰⁷ Qu'il s'agisse, par ex., de la prise en compte du nombre d'employés, ou encore du chiffre d'affaires de l'activité exploitée.

²⁰⁸ V. not., A. COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier III, dir. G. WICKER, 2008 ; F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. Évry-Val-d'Essonne, dir. D. HOUTCIEFF, 2015.

²⁰⁹ R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 785 et s.

²¹⁰ V. not., R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.*, 1965, chron., p. 37.

²¹¹ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002, spéc. n° 416, p. 213.

trois catégories déjà existantes et des distinctions classiquement opérées²¹² mettra en évidence les égards par lesquels le petit professionnel semble s'en distinguer.

34. - **Plan.** C'est ainsi que l'étude des notions de consommateur (I), de non-professionnel (II) et de professionnel (III) vont éclairer la considération du petit professionnel.

I. Le petit professionnel et le consommateur

35. - **Proximité et illusions.** Le processus de construction de la notion de consommateur et plus largement du droit de la consommation est donc une source d'inspiration pour envisager la question du petit professionnel dont l'approche semble naître du même esprit²¹³. Le consommateur est la catégorie par excellence du contractant faible²¹⁴, et le fer de lance de l'instauration d'un droit contractuel au profit des plus faibles à la suite notamment du salarié. L'approche choisie par le législateur engendre des conséquences et un véritable impact sur le droit des contrats²¹⁵. Le droit de la consommation est aujourd'hui devenu incontournable dès l'instant qu'il est question de s'intéresser aux personnes dites vulnérables. Si à une certaine époque, « *le binôme consommateur-professionnel est devenu un clivage social et une distinction juridique essentielle* »²¹⁶, phénomène qui demeure actuellement, il convient de nuancer cette position. En raison des similitudes pressenties entre le consommateur et le petit professionnel, l'approfondissement de leurs attributs respectifs apparaît pertinent. Toutefois, une telle perception relève-t-elle de la simple illusion ou d'une véritable proximité entre les notions ?

²¹² Une mise en garde doit toutefois être évoquée dès maintenant. Si rechercher le petit professionnel au sein des catégories établies est une démarche indispensable, elle doit se faire avec beaucoup de vigilance dès lors que l'appréhension même de celles-ci ne semble pas simple. Aussi, un auteur précise « *qu'il est loin d'être toujours aisé de tracer la frontière entre la sphère des professionnels et celle des consommateurs ou non professionnels* », R. LOIR, *JCP E.*, 2016, n° 29, 1419, note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 : JurisData n° 2016-010690.

²¹³ Le petit professionnel étant en effet touché par les mêmes controverses et débats.

²¹⁴ Par opposition au professionnel, perçu comme celui qui sait, qui peut parfois en profiter, qui refuse de faire les diligences nécessaires à la poursuite de la relation contractuelle ou à son rééquilibrage, et qui donc pourrait ne pas être forcément loyal et faire éventuellement preuve d'abus.

²¹⁵ De manière fréquente, les relations contractuelles s'articulent entre particuliers, entre professionnels, entre bailleurs et preneurs, entre distributeurs et fournisseurs, entre acheteurs et vendeurs, et donc très souvent entre consommateurs et professionnels, d'où la nécessité d'adapter le droit des contrats en tenant compte du consommateur.

²¹⁶ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-il ? », *D.*, 1997, p. 260, n° 1.

36. - **Objectif.** Revenir sur la naissance et l'essor du consommateur est source de richesses et d'enseignements pour l'appréciation du petit professionnel afin de comprendre la proximité qui semble exister entre ces notions. De plus, le parallèle entre elles constitue un appui pour analyser et proposer une définition du petit professionnel. Sans tomber dans l'écueil d'une analogie excessive, évoquer les éventuelles similitudes entre ces acteurs permet de s'interroger sur le lien susceptible de les unir. Ces développements conduisent à se poser la question suivante, très simplement et sans provocation : le petit professionnel est-il ou peut-il être un consommateur ?

37. - **Plan.** Pour tenter d'apporter une réponse à cette question ou du moins opérer un rapprochement, il faut dans un premier temps, étudier l'origine de la notion de consommateur (A), pour mieux en appréhender sa définition (B), ce qui va permettre de procéder à son appréciation (C).

A. Origine de la notion

38. - **Universalité et paradoxe.** Tandis que la consommation constitue une « *préoccupation universelle, et de toutes les époques, car nous ne pouvons exister sans consommer* »²¹⁷, le consommateur n'a pas toujours eu une place privilégiée. Si l'homme a toujours participé aux activités d'échange, d'achat et de vente au gré de ses besoins et aussi de ses envies pour assurer notamment ses conditions d'existence, ce n'est qu'à la suite de l'essor du commerce, puis de la société industrielle et de production que la notion de consommateur est réellement apparue²¹⁸. Ainsi, cette émergence est intimement liée à l'évolution des relations contractuelles, un parallèle existant en outre entre le développement des échanges et l'essor du contrat. Évoquer les fondements, mais aussi les réticences et les intérêts qui ont mené à la reconnaissance du consommateur est donc obligé car il est déjà possible de percevoir des similitudes dans la démarche conduisant à une éventuelle reconnaissance du petit professionnel.

²¹⁷ G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », n° 1, p. 335, in *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, J. L. TOMILLO URBAN (dir.), J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), Granada, 2014.

²¹⁸ G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », préc., n° 2, p. 336. L'auteur estime ainsi que la première apparition du terme de « consommateur » résulte d'une loi du 27 mars 1851.

39. - **Exploration historique.** Initialement, la notion de consommateur ne permettait pas d'identifier une catégorie spécifique, protectrice de contractant, et seul le contrat était chargé d'établir un équilibre relationnel entre l'acheteur et son vendeur. L'action de consommer découlant de l'idée d'achèvement et d'accomplissement, et bien que lui-même situé en fin de processus, le consommateur était perçu comme un acteur économique au même titre que le fournisseur, le producteur ou le commerçant. Il était considéré sur un pied d'égalité avec les autres acteurs économiques, et c'est seulement après que la nécessité de le protéger s'est fait ressentir²¹⁹. Le constat ainsi établi n'a naturellement pas conduit à la mise en place de dispositions spécifiques en faveur du consommateur. Si le « Livre des métiers » rédigé par Étienne BOILEAU au cours du XIII^e siècle²²⁰ a instauré quelques normes pour lutter notamment contre certaines pratiques ou comportements trompeurs des marchands, l'essentiel de la réglementation avait un caractère pénal et ne touchait pas directement à la pratique contractuelle. Bien que le démarrage fut lent, depuis la rédaction de cet ouvrage, de nombreuses évolutions ont eu lieu²²¹. La notion de « consommateur », apparue dès le XVIII^e siècle, disposait d'une signification large et pouvait avoir plusieurs sens²²², bien qu'il s'agisse d'une manière générale de celui qui achète pour sa consommation personnelle et son propre usage²²³, à l'inverse du producteur ou du marchand. C'est ainsi que l'homme a très vite été perçu comme un consommateur et non plus comme une personne quelconque dans ses relations économiques faisant ainsi évoluer la place du contractant consommateur dans la société²²⁴.

40. - **Prise de conscience et intervention.** Considérer la personne par son statut de consommateur a nécessité une certaine régulation des relations. En effet, « *dans une économie de marché, la régulation de la concurrence [...] ne suffit pas à conférer une protection*

²¹⁹ CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL ET CENTRE CONFEDERAL D'ETUDES ECONOMIQUES ET SOCIALES, *La défense du consommateur : naissance et limites actuelles du droit*, préf. E. DEISS, Études et documents économiques, 1981, p. 9 et s., spéc. p. 11, où le constat est très proche de celui entourant actuellement le petit professionnel : « *le consommateur français du XXe siècle a hérité d'une situation juridique qui lui est peu favorable, ayant pour base le Code civil de 1804 qui repose sur le mythe d'une égalité entre consommateur et producteur* ».

²²⁰ G.-B. DEPPING, *Règlements sur les arts et métiers de Paris, rédigés au XIII^e siècle, et connu sous le nom du Livre des métiers d'Étienne BOILEAU*, éd. Crapelet, Paris, 1837.

²²¹ Mêmes tardives, plusieurs lois sont progressivement intervenues, notamment la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles, *JORF* n° 0210 du 5 août 1905, p. 4813.

²²² P. OURLIAC, « Le passé du « consumerism » », in *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, T. XXVII, 1979, p. 222 et s.

²²³ Le consommateur a ainsi vocation à satisfaire ses besoins et, par ce fait, il « *achève le cycle économique* » : J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 244.

²²⁴ J. SAINT-GEOURS, *Vive la société de consommation*, 1971, Librairie Hachette, p. 14 et s.

adéquate aux consommateurs »²²⁵ et cela justifie d'intervenir spécialement dans les intérêts du consommateur. C'est dans notre société d'après-guerre que la prise de conscience a été la plus importante et la plus bénéfique pour le consommateur. Ce dernier connaîtra un réel attrait à partir des années 70²²⁶. Les sociétés occidentales sont ainsi devenues la représentation d'une véritable société de consommation justifiant un intérêt particulier pour la notion de consommateur. Or, si dès le début le consommateur n'a pas toujours été perçu comme quelqu'un de faible²²⁷, pour autant l'activité de consommation a rapidement été vue comme un devoir. Imposée, cette activité a justifié la nécessité de s'intéresser au consommateur, même s'il existe des degrés d'intervention, l'influence de la société américaine avec la consommation de masse²²⁸, et les changements de mentalités, notamment dès la seconde moitié du XX^e siècle, ont été des détonateurs à l'explosion de la société de consommation. C'est pourquoi rapidement et notamment sous l'impulsion de l'Europe la perspective d'une société de consommation qui se veut grandissante et épanouie va tendre à devenir une réalité²²⁹.

41. - **D'une perspective à une réalité.** Par la suite, l'approche du consommateur évolue : le développement de la société, des marchés et de l'activité économique jusqu'à nos sociétés modernes a conduit à le prendre en compte comme celui qui est soumis à diverses attractions de vente, de publicité, et qui se retrouve alors sans défense²³⁰. Cependant, participant de manière quasi indifférente aux échanges, il apparaît désormais comme une partie faible à protéger en raison des déséquilibres existant, justifiant la création d'une

²²⁵ G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », préc., n° 4, p. 337. Il est dès maintenant tentant de rajouter « et des petits professionnels », mais il conviendra de le démontrer par la suite.

²²⁶ CONGRES NATIONAL DES HUISSIERS DE JUSTICE, *Le contrat de consommation : contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur*, op. cit., Monsieur PECASTAING indiquait ainsi en introduction « désormais protégé par le législateur ouvrant la voie à un véritable Droit de la consommation, le consommateur bénéficie de multiples dispositions lui permettant de protéger ses intérêts », p. 14.

²²⁷ Si une personne consomme, il est possible de considérer qu'elle en a les moyens, ce qui signifie qu'elle est en mesure d'appréhender exactement son engagement.

²²⁸ Phénomène qui a pris de l'importance et a été accentué avec les nombreuses plaintes formulées par certains consommateurs mécontents.

²²⁹ G. PAISANT, « Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers », in *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Centre du Droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2009, p. 1 ; v. égal. les actes du colloque *Aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne : la protection du consommateur contractant*, G. PAISANT (éditeur scientifique), Vilnius, Mykolo Romerio Universitetas, 2013.

²³⁰ Ce malgré les risques engendrés par l'apparition d'un véritable droit autonome de la consommation parallèlement au droit commun issu du Code civil régissant déjà les relations contractuelles. En ce sens, CONGRES NATIONAL DES HUISSIERS DE JUSTICE, *Le contrat de consommation : contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur : Tours 12-16 juin 1974*, LGDJ, 1974, p. 14 ; CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL ET CENTRE CONFEDERAL D'ETUDES ECONOMIQUES ET SOCIALES, *La défense du consommateur : naissance et limites actuelles du droit*, op. cit., p. 91 et s.

véritable catégorie et l'apparition du droit de la consommation. L'ensemble nécessite alors d'apporter une définition juridique pour cette catégorie autonome. Ici, le contrat semble toutefois inapte en lui-même à assurer l'équilibre et la protection suffisante²³¹. Déjà, à partir de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle, les premières règles spéciales, protectrices sont apparues²³², et avec elles l'idée qu'il fallait apporter une définition à l'objet traité²³³. Des suites de ce mouvement et de cette évolution est né le « consumérisme ».

42. - **Concrétisation ?** Le consommateur est devenu un sujet de droit libre, à protéger, qui doit pouvoir choisir et profiter de la libre-concurrence, mais également être entendu et pouvoir agir à l'encontre de son cocontractant ; il faut le maintenir en sécurité et l'informer²³⁴. Il s'agit en quelque sorte du contractant par excellence qui va permettre d'obtenir la richesse d'un travail, celui d'une personne en particulier : le professionnel. Par ailleurs, l'essor de la société de production et le développement de l'activité industrielle vont concourir à la fois à l'accroissement de la consommation et de la professionnalisation, avec une hausse des libertés et aussi des exigences. L'apparition puis l'émergence de l'acte de consommation et de la société de consommation apparaissent de cette façon corrélatives, et à tout le moins très liées, à l'essor de la société industrielle²³⁵ et de la société de production²³⁶. La complexité des situations et des relations a rendu nécessaire une certaine prise de conscience : il faut dès lors savoir précisément de qui et de quoi il s'agit.

43. - **Avènement progressif.** À la suite de l'essor économique des pays, au travers de la hausse de la production et de la distribution de biens et de services entraînant notamment une augmentation de la circulation des biens et des richesses, le consommateur est véritablement apparu. Très rapidement, il a pris une place prépondérante, faisant l'objet d'une

²³¹ P. OURLIAC, *op. cit.* p. 227, l'auteur évoque alors la nécessité de revenir à la « *notion fondamentale de justice qui doit commander les rapports des contractants* ». La notion de justice étant délicate à déterminer, la création de palliatifs pour lutter contre les déséquilibres corrige ceux-ci, mais n'est-ce-pas directement en identifiant les difficultés à la source qu'il est possible de régler plus aisément les choses ? Au travers de la prise en compte du consommateur, le petit professionnel se dessine ; la jurisprudence apporte d'ailleurs quelques pistes, surtout au nom de l'équité.

²³² V. not., L. du 1^{er} août 1905, préc.

²³³ P. OURLIAC, *eod. loc.*

²³⁴ J.-P. PIZZIO, « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.*, 1982, chron. XIV, p. 91 et s.

²³⁵ J. SAINT-GEOURS, *Vive la société de consommation*, 1971, Librairie Hachette, p. 17.

²³⁶ CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL ET CENTRE CONFEDERAL D'ETUDES ECONOMIQUES ET SOCIALES, *La défense du consommateur : naissance et limites actuelles du droit*, *op. cit.*, p. 7, il est relevé que « *la production est à l'origine des déterminations de la consommation* » et que « *la consommation réagit sur la production* ».

attention toute particulière des économistes afin de le rendre autonome²³⁷, autonomie qui sera accentuée par l'intervention des pouvoirs politiques²³⁸, puis traduite en droit de manière progressive²³⁹. La hausse de la production et de la distribution de biens et de services a, de toute évidence, entraîné une augmentation de leur circulation. À la suite de cet essor économique des pays, le consommateur est véritablement apparu. La naissance de la société de consommation amena donc le juriste à s'interroger sur la place à accorder au sujet de droit contractant pour les besoins de la vie courante et notamment à l'élaboration d'un droit pour l'encadrer²⁴⁰. Ce débat a fait naître de nombreuses controverses, sur l'opportunité et les moyens de défense du consommateur²⁴¹. Si ce thème, bien que toujours actuel²⁴², ne pose plus la question de sa remise en cause²⁴³, il apporte des éléments intéressant l'étude du petit professionnel. Des auteurs se sont d'ailleurs questionnés sur la création d'un droit de la consommation au profit des professionnels en estimant que dans certaines hypothèses, leur situation était assez proche²⁴⁴.

44. - **Deux raisons : protection du marché et « alliance de l'économie et du social »**²⁴⁵. Plusieurs raisons ont entraîné l'éclosion rapide du droit de la consommation dans les sociétés contemporaines, surtout occidentales. Très tôt la fonction économique du consommateur a été perçue par les producteurs, les distributeurs, ou encore de manière générale les commerçants. La nécessité de le préserver face à la position de force de ces derniers, traduite par l'augmentation des publicités, les acharnements et pratiques poussant à

²³⁷ En acceptant notamment de reconnaître la force de décision qu'il représente et l'influence qu'il peut avoir sur l'économie.

²³⁸ En ce sens, v. par ex. le célèbre discours du Président KENNEDY le 15 mars 1962 devant le Congrès des États-Unis durant lequel il a déclaré « *nous sommes tous des consommateurs* ». À cette occasion ont été présentés les principaux droits fondamentaux des consommateurs outre Atlantique : le droit à la sécurité, le droit à l'information, le droit de choisir, et le droit d'être entendu.

²³⁹ Les premières lois en matière de consommation sont apparues en France dans les années 1970 avec, à titre illustratif la loi n° 72-1137 du 22 déc. 1972 sur le démarchage ou encore la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur les clauses abusives.

²⁴⁰ La naissance du droit de la consommation est ainsi bien postérieure à l'apparition même du consommateur. V. not., D. FERRIER et G. CAS, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986.

²⁴¹ D. FERRIER et G. CAS, *op. cit.*

²⁴² Surtout au niveau européen avec une multiplication des directives relatives au droit de la consommation et à la situation du consommateur.

²⁴³ À ses débuts, le droit de la consommation a notamment connu quelques voix réfractaires.

²⁴⁴ V. not., les travaux résultant des groupes de travail autour de la question de l'existence d'un *Ius Commune* au niveau européen et particulièrement : P. BRULEZ, « A consumer law for professionals : radical innovation or consolidation of national practices ? », in *The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law*, Marco B. M. Loos and Ilse Samoy (eds), Intersentia, 2014, p. 41. Adde, D. MAZEAUD, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 528.

²⁴⁵ L'expression est empruntée au Professeur PAISANT : G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », préc., n° 3, p. 337.

consommer, entre autres les démarchages, est devenue évidente. C'est ainsi que pendant longtemps « *plus que le consommateur, il s'agissait de protéger le marché* »²⁴⁶. De fait, seules les considérations économiques importaient ; il faudra attendre la deuxième moitié du XX^e siècle et la prise en compte de considérations plus sociales, pour entrevoir l'apparition de véritables normes protectrices du consommateur²⁴⁷. Ce phénomène constitue en ce sens un témoignage particulièrement évocateur et une illustration parfaite de ce que la poursuite d'un intérêt économique n'est pas nécessairement incompatible avec l'exigence d'une certaine justice sociale. Les raisons économiques tenant à l'essor du droit de la consommation ne sont désormais plus à démontrer, et ce particulièrement au travers de la réalisation du marché intérieur²⁴⁸. Le développement de ce dernier permet de mettre en évidence la place grandissante prise par le consommateur et l'intérêt de le protéger ou simplement de le prendre en compte puisque celui-ci dispose aussi d'une certaine position de force dans les relations économiques en se plaçant comme « l'arbitre » de la concurrence entre les professionnels ; finalement il est le dernier décideur. Ce paradoxe du consommateur à l'apparence à la fois de partie faible et de partie toute puissante²⁴⁹ apparaît similaire à celui animant la question du petit professionnel et fait ressortir, dans les deux situations la problématique relative à l'hésitation entre d'une part, leur protection et, d'autre part, la volonté de laisser faire le marché. Ce mouvement est aujourd'hui marqué par des évolutions importantes et permanentes, comme celle des comportements suite, par exemple, à l'expansion d'Internet qui participe à modifier les relations et les façons de faire, notamment les modes d'achats, le nombre d'articles ou de services proposés sans cesse croissant, la volonté ou non de fidéliser

²⁴⁶ G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », préc., n° 2, p. 336. En ce sens, la même démarche semble actuellement toucher le petit professionnel qui apparaît comme le consommateur du XIX^e et du XX^e siècle : il existe mais il n'est pas encore identifié précisément (aucune préoccupation *personae* du petit professionnel) malgré les normes mises en place ici où là, principalement dans le Code de commerce ou le Code civil. Sur ce point, la récente réforme du droit des contrats est révélatrice. Même si elle ne vise aucun contractant spécifique, sauf à nommer de manière générale la partie faible au contrat, de nombreuses mesures tendent à s'appliquer au professionnel en situation d'infériorité. Pour autant, il conviendra d'apprécier ces nouvelles dispositions dont l'application réelle et efficace est empreinte de doutes : v. *infra* n° 284 et s.

²⁴⁷ V. not., la loi n° 72-1137 du 22 déc. 1972, relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JORF* du 23 déc. 1972, p. 13348, qui constitue l'une des premières lois visant véritablement à assurer l'équilibre des relations entre le consommateur et le professionnel.

²⁴⁸ H. AUBRY, « Consommations émergentes : quels enjeux pour le droit de la consommation à l'échelle nationale et européenne ? », in *Protection des consommateurs, Les nouveaux enjeux du consumérisme*, D. ROUX et L. NABEC (coord.), préf. R. ROCHEFORT, p. 37. Adde J. SAINT-GEOURS, *Vive la société de consommation, op. cit.*, p. 49, l'auteur rappelle notamment que « *la société industrielle est mue par le besoin de trouver un marché* », il n'y a que de cette façon que les produits et les services proposés peuvent, en effet, parvenir aux consommateurs.

²⁴⁹ M.-E. CHESSEL, « Consommation : les « nouveautés » au regard de l'histoire », in *Protection des consommateurs, Les nouveaux enjeux du consumérisme*, D. ROUX et L. NABEC (coord.), préf. R. ROCHEFORT, p. 205.

le client avec l'objectif toujours assumé de vendre au plus offrant²⁵⁰, comme cela se retrouve d'ailleurs parfois dans les relations entre professionnels. La double raison, à la fois économique, et aussi personnelle, tenant à la considération du consommateur a donc constitué un facteur déterminant.

45. - **Résultat.** Désormais, le consommateur a une place incontournable dans le domaine du droit, particulièrement pour la matière contractuelle, avec ce statut significatif de contractant vulnérable. Cette présence originale a connu une véritable consécration lors de la promulgation du Code de la consommation en 1993, puis plus récemment par l'établissement d'une définition légale plus effective, résultat de plusieurs années de réflexion.

B. Définition du consommateur

46. - **Tergiversations.** Pendant longtemps, le droit de la consommation a traité du consommateur sans vraiment le définir, excepté au travers des approches doctrinales et jurisprudentielles souvent issues du droit européen, et ce malgré la nécessité incontestable de l'appréhender²⁵¹. Ainsi, beaucoup de discussions ont eu lieu tant en jurisprudence qu'en doctrine, avant d'aboutir finalement à une véritable définition légale. Même si aujourd'hui les controverses portent essentiellement sur l'appréciation de la nouvelle définition et du critère légal consacré, il est d'un grand intérêt de revenir sur les critères de définition afin de pouvoir effectuer un parallèle avec le petit professionnel et de comparer les approches.

47. - **Vision élargie.** L'apport du droit européen est ici notable. La multiplication des normes européennes en matière de consommation est incontestable ; l'essentiel du droit consumériste tel qu'il est connu et appliqué dans la plupart des pays européens résulte de ces dispositions. Le dernier exemple de cette influence découle de la transposition de la directive du 25 octobre 2011 par la loi dite « Hamon » du 17 mars 2014. La sécurité des consommateurs et leur protection constituent des éléments importants pour le législateur français et les instances européennes, d'autant que les définitions se trouvent pour beaucoup

²⁵⁰ M.-E. CHESSEL, « Consommation : les « nouveautés » au regard de l'histoire », préc., spéc. p. 207.

²⁵¹ J.-Ch. MAYALI, *La notion de consommateur (À la lumière du droit comparé)*, th. Montpellier, 1993, spéc. p. 26, où l'auteur rappelle qu'en dépit des réticences et des risques à voir apparaître une définition du consommateur dans le champ juridique « *le consommateur, acteur économique, doit être parallèlement sujet de droit* ».

inspirées du droit européen. Cette approche est d'un grand intérêt pour l'étude du petit professionnel dont la prise en considération par le droit européen se fait également ressentir.

48. - **Plan.** Définir le consommateur revient à déterminer le champ d'application du droit de la consommation ; les enjeux sont donc particulièrement importants tant le régime protecteur instauré attire les convoitises²⁵². De fait, apporter une définition claire, précise et faisant consensus du consommateur, ne fut pas sans complications, ce qui justifie de revenir sur les difficultés rencontrées (1) avant d'aboutir à la définition légale du consommateur (2).

1. Une définition délicate à appréhender

49. - **Plan.** Les difficultés ont été perçues tant en doctrine (a) qu'en jurisprudence (b) et ont été accentuées par la place prépondérante du droit européen qui s'est totalement emparé de ce phénomène ; en cela se retrouvent de nombreuses pistes pour l'identification du consommateur qui amènent aujourd'hui à la comparaison avec le petit professionnel.

a) En doctrine

50. - **Divergences.** Comme beaucoup de domaines tardivement appréhendés par le droit, les réflexions autour de la notion de consommateur ont donné lieu à des divergences d'opinions et à des tergiversations. Les réticences et les difficultés dans l'appréciation de la notion de consommateur tiennent pour beaucoup dans le fait que son apparition et l'intérêt qu'il génère sont principalement liés à son besoin de protection²⁵³.

51. - **Complication et définition négative.** L'absence de définition propre du consommateur, phénomène encouragé par la multiplication des définitions dans chaque texte le visant²⁵⁴, a naturellement amené les auteurs à s'interroger et à se prononcer afin de l'envisager plus précisément²⁵⁵ et parfois à procéder à des questionnements empreints de

²⁵² V. *infra* n° 174 et s.

²⁵³ J.-Ch. MAYALI, *La notion de consommateur (À la lumière du droit comparé)*, *op. cit.*, p. 5 et s.

²⁵⁴ En ce sens, J. MESTRE, « Des notions de consommateurs », *RTD civ.*, 1989, p. 62.

²⁵⁵ V. de manière non exhaustive : Ph. MALAURIE, « Le consommateur », *Rapport de synthèse in 81^{ème} Congrès des notaires, Rép. Défrenois*, 1985, p. 1040 ; J.-Ch. MAYALI, *La notion de consommateur (À la lumière du droit comparé)*, *op. cit.* ; G. PAISANT, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif

doutes²⁵⁶. Cette réflexion a donné naissance à de nombreuses propositions²⁵⁷, variant selon les approches, et divers critères ont alors été mis en avant, chacun tentant de trouver une parade à l'absence de définition légale²⁵⁸. En ce sens, la plupart des propositions doctrinales sont principalement axées sur la lutte entre les partisans d'une définition extensive permettant d'élargir le domaine d'application du droit de la consommation, et ceux défendant une approche plus restrictive pour les réfractaires à l'élargissement de ce droit protecteur²⁵⁹.

Parfois, le consommateur est défini négativement. En effet, la notion tend à identifier et à exclure tout particulièrement l'objet de la profession ou, plus précisément en jurisprudence, de la compétence professionnelle²⁶⁰. Dans ces conditions, le consommateur apparaît comme tout ce qui ne relève pas de l'activité professionnelle²⁶¹.

52. - **Transition.** Si la doctrine s'est intéressée à cette question, la jurisprudence a également été confrontée à cette problématique²⁶², ce qui a augmenté le phénomène « d'éparpillement » et donc la diversité « des notions de consommateurs ».

b) En jurisprudence

53. - **Problématique similaire.** Au même titre que la doctrine, la jurisprudence a donc été amenée à se prononcer sur la définition du consommateur afin de rendre effectives

(Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation) », *JCP G.*, n° 9, 1993, I, doct. 3655. Du même auteur v. aussi : « À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du rapport direct », *JCP G.*, 2003, I, 121 et « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G.*, n° 22, 2013, 589 ; J. CALAIS-AULOY, « Propositions pour un nouveau droit de la consommation », *La documentation française*, 1985, p. 19.

²⁵⁶ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.*, 1997, chron., p. 260.

²⁵⁷ Certaines allant jusqu'à l'assimiler à un « incapable » en le qualifiant de « *semi-débile* » et d'« *incapable en mineur* » : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, tome II, vol. 1, Obligations, Théorie Générale*, 9^e éd., 1998, n° 32-2.

²⁵⁸ Par ex., Monsieur le Professeur HUET a proposé de partir de la définition suivante : « *Le consommateur est une personne qui contracte avec un professionnel pour les besoins de sa vie privée et mérite une protection spécifique en raison de la situation d'inégalité dans laquelle elle se trouve* », J. HUET, « Introduction », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 1 et s., spéc. p. 6. Par la suite, il a procédé à l'analyse de chacun des critères évoqués pour mettre en évidence leur inexactitude et leur imprécision, ce qui prouve la difficulté de l'entreprise et du cheminement emprunté.

²⁵⁹ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 4^e éd., LexisNexis, Droit & professionnels, 2017.

²⁶⁰ V. not., J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat*, t. 2, LGDJ, 1980, n° 595.

²⁶¹ Comme l'a évoqué Madame RZEPECKI : « *Il semble alors nécessaire d'envisager le consommateur par opposition au professionnel, entendu comme une personne disposant non seulement d'une supériorité économique, mais encore juridique* » : N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2002, n° 360.

²⁶² G. PAISANT, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation) », art. préc., pour qui « *la notion de consommateur [...] doit être soumise au contrôle de la Cour de cassation* », spéc. n° 16.

les règles lui étant applicables, cela non sans hésitations²⁶³. Quelques grands arrêts sont ainsi venus apporter des éléments particulièrement utiles pour identifier le consommateur. Il convient de revenir sur les plus marquants, qui présentent d'ailleurs un intérêt précieux dans la recherche du petit professionnel.

La multiplication des décisions jurisprudentielles a entraîné un regain d'intérêt pour les questions relatives à la définition du consommateur dans les années qui ont précédé les réformes du droit de la consommation²⁶⁴. De nombreuses décisions sont venues éclairer le champ d'application de ce droit, apportant aussi certains doutes conduisant à la prudence et à la nuance²⁶⁵. Au travers de ce mouvement, des critères ont été proposés pour saisir le consommateur. Les principales jurisprudences en la matière ont apprécié la notion de consommateur autour de quelques critères restrictifs inspirés en grande partie du droit européen. Classiquement le consommateur a été considéré tel un particulier, personne physique, concluant un contrat de fourniture de biens ou de services pour la satisfaction d'un besoin personnel ou familial²⁶⁶.

54. - **Difficultés persistantes.** Avant les dernières réformes, de nombreuses discussions ont eu lieu en jurisprudence concernant la définition du consommateur, particulièrement entre la Cour de cassation et les juges du fond. Par exemple, des décisions concernant tant un comité d'entreprise²⁶⁷, un parti politique²⁶⁸, ou encore une association²⁶⁹, les ont animées. Si beaucoup de ces questions ont été réglées avec l'acceptation de la notion de non-professionnel²⁷⁰, elles démontrent les difficultés à appréhender une catégorie spécifique de personnes contractantes, particulièrement en raison de leur supposée faiblesse.

²⁶³ À titre d'exemple, la question de l'appréciation du consommateur personne physique ou personne morale a longtemps tenu la jurisprudence partagée. V. not. sur ce point : S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. Université Montpellier, 2018, n° 979 et s., p. 759 et s.

²⁶⁴ Sur cette jurisprudence abondante, v. not. : CJUE, 3 sept. 2015, aff. C-110/14, *Costea c/ SC Volsbank România (Sté)* : JurisData n° 2015-020959 ; *JCP G.*, n° 42, 2015, 1110, note G. PAISANT ; *D.*, 2016, pan., p. 617, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP E.*, 2015, 1599, obs. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG ; *RJDA*, 2015, n° 872.

²⁶⁵ V. R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *JCP E.*, n° 27-28, 2016, 1402.

²⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009, n° 08-11.231, JurisData n° 2009-047838 ; CCC, n° 6, juin 2009, comm., n° 182, obs. G. RAYMOND.

²⁶⁷ Par ex., Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009, n° 08-11.231, JurisData n° 2009-047838 ; *JCP* 2009, n° 38, p. 21, note G. PAISANT ; CCC, n° 6, juin 2009, comm. 182, obs. G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.*, 2010, 419, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Dr. et pr.*, 2010, suppl. n° 2, p. 3, obs. Y. PICOD.

²⁶⁸ CA Paris, 5 juill. 1991, 15^e ch. B. ; CCC, 1992, n° 16, obs. G. RAYMOND ; *RTD civ.*, 1992, p. 388, obs. J. MESTRE. En l'espèce, l'activité du parti communiste français, qui avait commandé du matériel, n'a pas été qualifiée de professionnelle par les juges du fond et celui-ci a pu bénéficier du droit de rétractation offert par les dispositions consomméristes applicables.

²⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1997, n° 95-14.456 ; CCC, 1997, n° 157, obs. G. RAYMOND.

²⁷⁰ V. *infra* n° 78 et s.

2. Une définition aujourd'hui précisée

55. - **Progression.** La définition du consommateur n'est pas l'unique apport des récentes réformes législatives en matière de droit de la consommation. Ces dernières ont, en effet, permis de reprendre en grande partie le Code de la consommation et d'opérer une véritable « mise à jour » de l'ensemble de ce droit²⁷¹ en procédant notamment à un changement de plan du Code de la consommation pour clarifier l'ensemble.

56. - **Hésitations et propositions.** L'apparition de la définition légale du consommateur a donc été progressive. Des débats ayant existé tant en doctrine qu'en jurisprudence, la tâche du législateur pour appréhender la notion dans sa globalité n'a pas été facilitée. Ajouté aux enjeux particulièrement importants de l'apport d'une telle caractérisation du consommateur, cela a provoqué chez le législateur certaines hésitations dans l'appréciation et la détermination de la notion définitive. En outre, si la loi de 2014 a apporté une première définition de ce contractant, elle a dû être précisée par la suite pour devenir plus complète et véritablement définitive. De même, il convient de rappeler que préalablement à l'introduction de cette notion légale de consommateur dans le Code de la consommation, plusieurs propositions ont été faites, notamment par la Commission de refonte du droit de la consommation instituée en 1982 sous la présidence du Professeur CALAIS-AULOY²⁷². Mais, l'élaboration du Code de la consommation en 1993 n'avait toutefois pas donné lieu à l'instauration d'une détermination légale du consommateur pourtant attendue.

57. - **Inspiration européenne.** Le droit européen n'est pas malgré tout resté inactif sur ce point. Les directives européennes sont petit à petit venues préciser la notion²⁷³, en

²⁷¹ N. KILGUS, « Codification du nouveau code de la consommation », *D. actu*, 24 mars 2016.

²⁷² Dans le Chapitre préliminaire « définitions » de son rapport déposé en 1984, la Commission a ainsi proposé de définir le consommateur de la manière suivante : « *les consommateurs sont les personnes physiques ou morales qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel* », J. CALAIS-AULOY (dir.), *Vers un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé de la consommation*, Juin 1984, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, p. 12.

²⁷³ Par ex., la directive 93/13/CEE a défini le consommateur comme « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* » (article 2, b.), tandis que la directive 1999/44/CE l'a défini comme « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale* » (article 1^{er}, 2. a.).

procédant notamment à l'exclusion des personnes morales²⁷⁴ et des personnes agissant dans le cadre de leur activité professionnelle. Puis, la directive du 25 octobre 2011²⁷⁵ relative aux droits des consommateurs a, par son article 2, donné une définition du consommateur²⁷⁶.

58. - **Consécration.** En France, c'est la loi dite « Hamon » du 17 mars 2014²⁷⁷ qui, en transposant cette directive européenne, est intervenue pour apporter de la clarté au droit de la consommation. Elle a ainsi introduit un article préliminaire consacrant la définition du consommateur dans le Code de la consommation²⁷⁸. La législation française s'est donc alignée sur le droit européen, et il est intéressant de relever que la Cour de cassation a fait application de cette définition de manière anticipée²⁷⁹. Cependant, elle n'a pas solutionné l'ensemble des problématiques²⁸⁰ et certaines questions sont demeurées en suspens²⁸¹.

²⁷⁴ Ce qui a également été confirmé par la jurisprudence européenne : CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99, arrêt « Cape » ; CCC, 2002, n° 1, comm. 18, note G. RAYMOND ; CCC, 2002, n° 7, chron. 14, note M. LUBY ; JCP, 2002, II, n° 10047, note G. PAISANT ; D., 2002, p. 90, note C. RONDEY ; D., 2002, p. 2929, obs. J.-P. PIZZIO ; RTD civ., 2002, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ., 2002, p. 397, obs. J. RAYNARD ; RTD com., 2002, p. 404, obs. M. LUBY ; LPA, 22 mai 2002, note C. NOURISSAT. Selon cette décision, la notion de consommateur définie par la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives vise exclusivement les personnes physiques.

²⁷⁵ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

²⁷⁶ Aux termes de l'article 2, 1., de la directive, le consommateur est défini comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

²⁷⁷ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1. Sur cette loi, et de manière non exhaustive, V. S. PIEDELIEVRE, « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », JCP E., n° 14, 2014, 1176 ; C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », D., 2014, p. 879 ; G. RAYMOND, « Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation - Inventaire des mesures relatives au droit de la consommation », JCP E., n° 12, 2014, act. 213.

²⁷⁸ La loi « Hamon » a ainsi défini le consommateur de la manière suivante : « Au sens du présent code, est considéré comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

²⁷⁹ V. not., en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2016, n° 14-29.261. Par cet arrêt, la Cour de cassation a tenu compte de manière rétroactive des nouvelles définitions avant même que leur transposition ne soit en vigueur, en décidant qu'une personne morale n'est pas un consommateur au sens du Code de la consommation. Elle a procédé de la même manière en décidant avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions que « la personne physique qui, agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, ou libérale, souscrit un prêt de nature spéculative » ne perd pas la qualité de consommateur : Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, n° 15-18.858.

²⁸⁰ G. RAYMOND, « Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation - Inventaire des mesures relatives au droit de la consommation », art. préc., où l'auteur relève que la définition du consommateur introduite par la loi « soulève plus de questions qu'elle ne résout de problèmes ». Adde, R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », art. préc., pour qui la définition « a très vite suscité plus de questions que de réponses », spéc. n° 4.

²⁸¹ S'agissant notamment de l'activité agricole, de l'exclusion des personnes morales, de l'absence de définition du non-professionnel ou encore du professionnel.

59. - **Confirmation et précision.** Par conséquent, c'est l'ordonnance du 14 mars 2016²⁸², puis la loi de ratification du 21 février 2017²⁸³ qui ont apporté un surplus de lisibilité et qui sont venues préciser les définitions des trois notions autour desquelles gravite le droit de la consommation. Plus particulièrement, le consommateur a été défini de la façon suivante : il s'agit de « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* »²⁸⁴, étant observé que l'activité agricole est expressément tenue pour une activité professionnelle excluant de la catégorie des consommateurs l'agriculteur agissant à des fins professionnelles. Le consommateur est ainsi nécessairement considéré comme une personne physique, ce qui met au centre de la définition l'humain, c'est-à-dire l'individu en tant que tel.

60. - **Résultat : conception finaliste du consommateur.** À l'image du droit européen, le droit français adopte une conception finaliste du consommateur. La notion légale tient compte de la finalité de l'action de ce dernier. Il doit agir dans un but étranger à ses activités professionnelles, c'est-à-dire agir pour ses besoins personnels. Cette approche tend à repousser le critère matériel souvent utilisé et basé sur la nature de l'opération entreprise.

61. - **Solution définitive ?** Pour autant, malgré les précisions introduites par ces réformes, et bien qu'elles aient apporté de nombreuses réponses et solutions aux débats existants, certaines questions demeurent, tout spécialement sur l'application de la nouvelle définition du consommateur et de l'appréciation du nouveau critère consacré. À cet égard, il est possible d'adhérer au propos de Madame AUBRY qui affirme que « *la notion de consommateur reste faussement simple* »²⁸⁵. Si la jurisprudence semble procéder à une application stricte de la notion de consommateur²⁸⁶, elle admet toutefois de manière plus

²⁸² Ord. n° 2016-301, relative à la partie législative du Code de la consommation, *JORF* n° 0064 du 16 mars 2016, sur laquelle : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et H. AUBRY « Recodification du droit de la consommation – À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G.*, n° 14, 2016, 392.

²⁸³ L. n° 2017-203 du 21 févr. 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, *JORF* n° 0045 du 22 févr. 2017, texte n° 1. Sur laquelle, v. not., de manière non exhaustive : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Ratification de l'ordonnance de refonte du Code de la consommation », *RDC*, 2017, n° 3, p. 499 ; S. BERNHEIM-DESVAUX, « Quand ratification rime avec modifications ! », *CCC*, n° 3, avr. 2017, comm. 63.

²⁸⁴ C. consom., art. liminaire.

²⁸⁵ H. AUBRY, « Droit de la consommation », *D.*, 2018, Pan., p. 583.

²⁸⁶ V. not., Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2018, n° 17-16.519 et n° 17-16.520 ; *D.*, 2018, p. 1254 ; *D. actu.*, 26 juin 2018 ; obs. J.-D. PELLIER ; *AJ Contrat*, 2018, p. 381, obs. Y. PICOD ; *RDI*, 2018, p. 444, obs. H. HEUGAS-DERRASPEN ; *CCC*, 2018, n° 8-9, comm. 164, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP E.*, 2018, n° 1350 et *RJDA*, 2018, n° 779. La Haute juridiction estime ainsi que le fait de ne pas être inscrit au RCS ne permet pas de

souple que « *la représentation d'un consommateur par un mandataire professionnel ne lui fait pas perdre sa qualité de non-professionnel* »²⁸⁷. L'appréciation de la notion de consommateur ouvre donc encore, et malgré cette consécration légale récente, la porte à des discussions pour en préciser les contours. Il convient également de s'interroger sur la portée de cette définition au regard de celles du non-professionnel et du professionnel, applicables et prises en compte en l'état uniquement dans le cadre du Code de la consommation.

C. Appréciation de la notion

62. - **Clarté.** Désormais, la nouvelle définition légale du consommateur délimite clairement le cadre de la notion le concernant : par principe, le consommateur est une personne physique et les personnes morales sont exclues de son champ d'action. Ces dernières devront être prises en compte par la nouvelle définition du non-professionnel²⁸⁸. Pour autant, derrière cette clarté apparente, certains doutes demeurent.

63. - **Doutes persistants.** Les récentes jurisprudences tendent à démontrer que la définition légale maintenant établie par le droit positif ne tarit pas l'ensemble des problématiques, faisant même surgir de nouvelles interrogations. S'il convient d'approfondir cette analyse²⁸⁹, il est d'ores et déjà possible de relever que certaines questions interpellent le juriste et donnent lieu à de nouvelles discussions. Quelques doutes subsistent, par exemple en ce qui concerne les clients des professions libérales²⁹⁰, mais aussi s'agissant des crédits immobiliers et de la question relative à la prise en compte des Sociétés Civiles Immobilières.

caractériser de manière suffisante que l'emprunteur a agi à des fins étrangères à son activité professionnelle, fût-elle accessoire.

²⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2017, n° 16-14.157 ; *D.*, 2018, pan., p. 583, obs. H. AUBRY ; *Constr. Urb.*, 2017, n° 5, comm. 71, note Ch. SIZAIRE. Même si l'utilisation du terme de « non-professionnel » à la place de celui de « consommateur » apparaît critiquable, il convient de relever que le mandataire, en l'occurrence un architecte, est intervenu au nom et pour le compte de son mandant consommateur, c'est pourquoi les juges ont accepté d'appliquer les dispositions consuméristes.

²⁸⁸ V. *infra* n° 76.

²⁸⁹ V. *infra* n° 212 et s.

²⁹⁰ Une jurisprudence récente s'est d'ailleurs intéressée à cette question s'agissant de la prescription de l'action des avocats pour le paiement de leurs honoraires : Cass. 2^{ème} civ., 26 oct. 2017, n° 16-23.599 : JurisData n° 2017-021034. L'hypothèse de l'application de la prescription biennale aux frais d'avoué a également donné lieu à une décision récente relativement à l'action en fixation des frais intentée à l'encontre d'un consommateur : Cass. 2^{ème} civ., 18 avr. 2019, n° 18-14.202 (n° 582 F-P+B+I). Les hauts magistrats ont estimé « *qu'en statuant ainsi alors qu'est soumise à la prescription biennale [de l'article L. 218-2 du Code de la consommation] la demande d'un avoué en fixation de ses frais dirigée contre une personne physique ayant eu recours à ses services à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, la cour d'appel, qui relevait que Monsieur avait été représenté par l'avoué pour sa procédure de divorce, donc en*

64. - **Crédit immobilier, consommateur et Société Civile Immobilière (SCI).** Le droit de la consommation vise principalement à protéger le consommateur contre certains abus de leur cocontractant professionnel ; de ce fait, son champ d'application s'est logiquement intéressé à la problématique du crédit immobilier, domaine particulièrement sensible²⁹¹. À cet égard, la qualité de consommateur a été reconnue à une personne physique qui contracte un prêt, même de nature spéculative, si elle a agi en dehors de son activité professionnelle²⁹². Dès lors, la question s'est posée de savoir si une SCI, dont les associés sont des personnes physiques, est susceptible de bénéficier de la législation protectrice du droit de la consommation lorsqu'elle contracte un emprunt immobilier dans un but non professionnel. Alors que la SCI apparaît dans une situation similaire à celle d'une personne physique empruntant à titre particulier et non professionnel, la Cour de cassation a décidé de casser l'arrêt d'une Cour d'appel qui n'a pas constaté que la SCI « *pouvait être regardée comme un consommateur au sens de l'article L. 137-2 du code de la consommation, devenu L. 218-2 du même code* »²⁹³. Toutefois, si la SCI, en tant que personne morale, ne peut se voir attribuer la qualité de consommateur, il n'est pas exclu qu'elle puisse relever de la qualification de « non-professionnel » et ainsi bénéficier de la protection accordée en matière de crédit immobilier si les critères posés par l'article L. 313-1, 3° du Code de la consommation sont remplis²⁹⁴.

65. - **Transversalité et limite de la nouvelle définition.** Le droit européen présente une originalité : « *La notion de consommateur, identique dans toutes les directives ou règlements relatifs à la protection des consommateurs, doit donc s'apprécier de manière transversale, au-delà des directives concernées* »²⁹⁵. Cette transversalité est opportune en ce qu'elle permet d'élargir les éléments d'appréciation du consommateur et donc de garantir une plus grande effectivité des normes européennes au travers de la qualification opérée.

qualité de consommateur, a violé les textes susvisés », *D.*, 2019, actualités, p. 885. *Adde*, G. RAYMOND, *Synthèse – Entreprise et consommateur : Contrats de consommation*, *JCl. Com.*, Synth. 123, n° 4.

²⁹¹ Les dispositions en matière de crédit immobilier relèvent du Chapitre 3, du Titre 1^{er}, du Livre 3 du Code de la consommation, relatif au crédit en général, et ont fait l'objet d'une réforme par l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, *JO* du 26 mars 2016, texte n° 27.

²⁹² Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, n° 15-18.858 : *D.*, 2017, p. 539, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJ Contrats*, 2016, p. 493, obs. V. LEGRAND ; *JCP E.*, 2016, p. 1574, note R. LOIR ; *Banque et droit*, janv.-févr. 2017, p. 15, comm. HELLERINGER.

²⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 8 févr. 2017, n° 15-26.263 : *RDI*, 2017, p. 404, obs. J. SALVANDY.

²⁹⁴ *V. infra* n° 82.

²⁹⁵ C. AUBERT de VINCELLES, « Chronique de droit européen des contrats – (1^{er} janvier – 31 décembre 2018) », *CCC*, n° 5, mai 2019, chron. 3, spéc. n° 4.

En dépit de la clarté apportée par la nouvelle définition du consommateur en droit français et du nouveau critère relatif à la finalité professionnelle ou non de l'acte concerné, le manque de précision de certains éléments peut parfois conduire à des hésitations ou controverses²⁹⁶. En outre, cette approche unitaire du consommateur tend à s'appliquer seulement au sein du droit de la consommation, ce qui pose alors la question de la perception de ce contractant dans d'autres domaines, notamment le droit de la concurrence²⁹⁷.

66. - **Synthèse : parallèle et différence avec le petit professionnel.** À ce stade, le parallèle subsiste entre les deux approches, essentiellement par l'esprit. Le consommateur et le petit professionnel ont l'apparence à la fois de partie faible et de partie forte. Le premier est protégé de manière quasi-irréfragable, alors même qu'il est « l'arbitre » de la concurrence entre les professionnels. Le second, comme tout professionnel, est présumé avoir la compétence technique et la connaissance, mais il subit souvent la relation contractuelle du fait de sa petite taille. Tous les deux sont des acteurs participant à la vie économique et au développement des échanges, l'un par l'acte de consommation et l'autre par l'exercice de sa profession. Revenir sur l'origine et la définition du consommateur a donc permis d'établir cette connexité, ce parallèle dans l'esprit avec le petit professionnel ainsi que leurs finalités similaires : marché²⁹⁸, intérêt économique, position de force ou non, etc. L'originalité de la notion de petit professionnel demeure donc, là, perceptible sans être pour autant assimilable.

Par ailleurs, une distinction entre les notions ressort à l'issue de l'analyse. La nouvelle définition du consommateur n'est pas sans poser quelques interrogations et certaines difficultés : d'une part, si elle permet d'encadrer et de limiter la notion, son appréciation est encore récente et le recul manque ; d'autre part, le consommateur constituant une personne physique accomplissant des actes en dehors de toute activité, le petit professionnel s'en trouve dès lors exclu car, par essence, il s'agit d'un professionnel, indifféremment personne physique ou personne morale. L'ensemble du cheminement démontre donc sans conteste que, même si une proximité existe, le petit professionnel n'est pas un consommateur ni au sens actuel du terme, ni au sens historique. L'appréciation de la récente définition donnée au consommateur ne permet pas une appréhension plus poussée adaptable au petit professionnel, ni de le définir

²⁹⁶ V. not. : R. LOIR, « Définition du consommateur : tout n'est pas parfaitement clair ! », *JCP E.*, n° 50, 15 déc. 2016, 1671 ; N. MATHEY, note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 oct. 2016, n° 15-19.670, SA Société Lyonnaise de banque c/ G., JurisData n° 2016-021279, *RD banc. fin.*, n° 1, 2017, comm. 10, l'auteur indique que « *les incertitudes relatives à la notion de consommateur vont peut-être subsister encore quelques temps* ».

²⁹⁷ O. GRAF, *La personne morale : un non-professionnel ?*, th. Aix-Marseille, 2015, p. 35 et s.

²⁹⁸ En ce sens, le droit de la consommation n'a pas uniquement pour objectif de protéger le consommateur mais également de prendre en compte le marché.

précisément. Les enjeux relatifs à son articulation avec d'autres notions demeurent. L'analyse doit donc être poursuivie. Apparaît alors la nécessité de s'intéresser à une autre catégorie, elle aussi récemment définie : celle de non-professionnel.

II. Le petit professionnel et le non-professionnel

67. - **Polémique et synonymie.** Certaines notions nourrissent de nombreuses controverses tant dans leur acceptation théorique que dans leur mise en œuvre pratique. Assurément, le non-professionnel en fait partie. D'abord perçue comme une redondance, un synonyme du consommateur, cette notion a conduit une partie de la jurisprudence et de la doctrine à l'utiliser pour prendre en compte voire englober des professionnels économiquement faibles. Ainsi, très vite il a été envisagé d'accorder une attention particulière à d'autres contractants qu'au seul consommateur, ce dernier n'ayant plus l'exclusivité de l'état d'infériorité et n'étant plus perçu comme l'unique dépositaire des règles de protection.

68. - **Démarche et explications.** La démarche justifie également de s'arrêter sur les origines de cette notion de non-professionnel, dont les finalités semblent se rapprocher de celles du consommateur et du professionnel en situation de faiblesse²⁹⁹, ce avant d'évoquer sa signification réelle et d'apprécier ses applications. Si la prise en compte du non-professionnel a été longtemps contestée et s'est avérée délicate, elle est aujourd'hui affirmée, sans pour autant que soient solutionnées l'ensemble des controverses.

69. - **Plan.** Les origines (A), la définition (B) et les applications (C) de la notion de non-professionnel vont dès lors constituer les axes de développement.

A. Origine et rôle de la notion

70. - **Apparition.** Particularisme français, la notion de non-professionnel est apparue à l'occasion de l'adoption de la loi du 10 janvier 1978³⁰⁰. Cette naissance résulte d'une

²⁹⁹ S'agit-il spécifiquement du petit professionnel ?

³⁰⁰ L. n° 78-23, 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, *JORF* du 11 janv. 1978, p. 301. À titre d'illustration, l'art. 35 de cette loi disposait dans sa version initiale que « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être*

controverse existant entre l'Assemblée Nationale et le Sénat lors des débats parlementaires. D'un côté, l'Assemblée Nationale était favorable à l'application des dispositions aux rapports entre professionnels et non-professionnels, cela avait pour conséquence d'étendre l'application de la loi aux contractants qui n'étaient pas nécessairement considérés comme des consommateurs. Par ailleurs, le Sénat étant pour sa part en faveur de l'application des normes aux seuls contrats d'adhésion³⁰¹, pour mettre fin à la controverse, la Commission mixte paritaire a conservé le terme de non-professionnel à côté de celui de consommateur.

71. - **Contestation.** Malgré l'apparition de la notion de non-professionnel dans le paysage juridique français et sa reprise dans les lois ultérieures³⁰², celle-ci est demeurée et demeure « *une source de contentieux* »³⁰³. De plus, pour certains auteurs, l'insertion de ce terme à côté de celui de consommateur constitue une simple redondance³⁰⁴ non justifiée. Ces débats laissent déjà envisager les prémices d'une controverse autour de la finalité du droit de la consommation et des personnes pouvant être amenées à bénéficier de ses dispositions protectrices³⁰⁵. De même, il convient de relever que si les normes européennes déjà existantes en matière de droit de la consommation et de protection du consommateur ne reprennent pas la notion de non-professionnel, ce qui a également été source de discussions³⁰⁶, les récentes directives ont expressément permis une telle possibilité³⁰⁷.

interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

³⁰¹ Sénat, CR de la 44^{ème} séance du 18 déc. 1977, *JORF* n° 102 du 19 déc. 1977, p. 4208.

³⁰² Not. dans la L. n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, *JORF* n° 28 du 2 févr. 1995, p. 1755.

³⁰³ A. KARIMI, « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP G.*, n° 13, 1996, doct. 3918, spéc. n° 27.

³⁰⁴ V. par ex., J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble II, n° 117, p. 227.

³⁰⁵ V. not., Ph. MALINVAUD, « La protection des consommateurs », *D.*, 1981, chron., p. 49 ; G. BERLIOZ, « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G.*, 1979, II, 2954, n° 10.

³⁰⁶ J. BEAUCHARD, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Écrits en hommage à G. CORNU*, 1995, p. 9 et s. Adde R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *JCP E.*, n° 27-28, 2016, 1402, spéc. n° 2, l'auteur rappelle que les non-professionnels constituent « *une catégorie de personnes inconnue du droit européen* ».

³⁰⁷ Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, *JOUE*, L 304/64 du 22 nov. 2011, dont le considérant n° 13 prévoit que « *les États membres peuvent, par exemple, décider d'étendre l'application des règles de la présente directive à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des « consommateurs » au sens de la présente directive* ».

72. - **Objectif.** L'objectif de la notion de non-professionnel est le même que celui de la notion de consommateur mais avec une visée plus large. Alors que la raison initiale de l'instauration du terme de non-professionnel en droit français était d'appréhender des contractants autres que le consommateur, et que le droit de la consommation était tout de même susceptible de concerner, l'idée de faire profiter de l'essor de la notion de non-professionnel à des professionnels a rapidement fait son chemin³⁰⁸. En résumé, la notion devait donc permettre d'élargir le domaine d'application du droit de la consommation et d'englober certaines personnes qui ne pouvaient pas être considérées comme des consommateurs mais dont la protection par les règles consuméristes apparaissait légitime : véritable piste et opportunité pour les professionnels en général et donc pour le petit professionnel en particulier³⁰⁹.

73. - **Évolution et autonomie.** Le lien unissant la notion de non-professionnel à la notion de consommateur fut compliqué à rompre. Cependant, la Cour de justice des Communautés européennes a rapidement mis en évidence la distinction entre les deux notions en affirmant lors de son arrêt « Cape » du 22 novembre 2001 que la notion de consommateur « *visé exclusivement les personnes physiques* »³¹⁰, faisant ainsi de la notion de non-professionnel une véritable notion autonome. La jurisprudence française n'a guère tardé à suivre ce mouvement en estimant que « *la notion distincte de non-professionnel [...] n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives* »³¹¹. Ce faisant, il est incontestablement acquis que la notion de non-professionnel est distincte de celle de consommateur qui ne vise que les personnes physiques³¹². Aussi, face au consommateur, le

³⁰⁸ Ch. GIAUME, « Le non-professionnel est-il un consommateur ? », *LPA*, 23 juill. 1990, p. 25 ; Adde N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 115, p. 114.

³⁰⁹ Ainsi, l'esprit de la notion de non-professionnel était de permettre aux professionnels justifiant d'un état de faiblesse proche de celui du consommateur de pouvoir prétendre à une protection ; V. not., F. MAUME, « L'avenir de la notion de non-professionnel en droit de la consommation », *CCC*, 2016, n° 4, étude 5.

³¹⁰ CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99, arrêt « Cape » ; *CCC*, 2002, n° 1, comm. 18, note G. RAYMOND ; *CCC*, 2002, n° 7, chron. 14, note M. LUBY ; *JCP*, 2002, II, 10047, note G. PAISANT ; *D.*, 2002, p. 90, note C. RONDEY ; *D.*, 2002, p. 2929, obs. J.-P. PIZZIO ; *RTD civ.*, 2002, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.*, 2002, p. 397, obs. J. RAYNARD ; *RTD com.*, 2002, p. 404, obs. M. LUBY ; *LPA*, 22 mai 2002, note C. NOURISSAT.

³¹¹ Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 ; *Bull. civ.* 2005, I, n° 135, p. 116 ; JurisData n° 2005-027573 ; *D.*, 2005, p. 1948, note A. BOUJEKA et p. 887, obs. C. RONDEY ; *JCP G.* 2005, II, 10114, note G. PAISANT ; *JCP E.*, 2005, 769, note D. BAKOUCHE ; *Deffrénois* 2005, p. 2009, obs. E. SAVAUX ; *CCC*, n° 5, mai 2005, comm. 100, obs. G. RAYMOND.

³¹² De ce fait, si « *les consommateurs/personnes physiques sont des destinataires, par nature, de la règle consumériste, les non-professionnels/personnes morales le sont plutôt par détermination de la loi* » : G. LOISEAU, « À la rencontre du non-professionnel », *D.*, 2016, p. 1844, spéc. n° 4. L'auteur précise notamment dans ce sens qu'à la différence des personnes physiques, « *les personnes morales [...] n'ont pas de condition homogène* ».

professionnel est considéré comme une personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle³¹³. Par essence, la notion de non-professionnel ne concerne pas le cadre de l'activité, et la question s'est posée de savoir s'il s'agissait d'une personne physique ou morale avant de la limiter définitivement à cette dernière³¹⁴. Le Code de la consommation peut donc concerner les personnes morales sans discussion et ses dispositions ont, dans une certaine mesure, vocation à s'appliquer aux consommateurs et aux non-professionnels. À titre illustratif, ces derniers bénéficient désormais de la protection contre les clauses abusives, ce qui a été d'ailleurs confirmé par la Cour de cassation³¹⁵. Un sens précis de la notion de non-professionnel a alors été recherché, la faisant ainsi évoluer vers la désignation de certaines personnes morales³¹⁶.

74. - **Conséquences et limites.** Mais au travers de la notion de non-professionnel, l'objectif qui tendait aussi à protéger le professionnel partie faible, agissant notamment en dehors de sa spécialité, a néanmoins été rapidement laissé de côté³¹⁷ au profit d'un autre objectif : la protection des personnes morales uniquement.

75. - **Rôle final.** Malgré l'hostilité du droit de la consommation à l'égard des personnes morales³¹⁸, la notion de non professionnel est progressivement³¹⁹ devenue l'étendard à la protection de celles-ci³²⁰. Toutefois, certaines jurisprudences entraînées par quelques opinions doctrinales ont semblé conduire à une limitation de cette prise en compte des personnes morales³²¹. Et finalement, le principal rôle que va avoir la notion de non-professionnel est d'assurer une protection à certaines personnes morales consommant à une finalité non-professionnelle, ceci en raison de la dissociation totale de cette notion avec celle de consommateur. Ce mouvement va être confirmé par les récentes réformes législatives.

³¹³ V. *infra* n° 102 et s.

³¹⁴ O. GRAF, *La personne morale : un non-professionnel ?*, th., Aix-Marseille, 2015, n° 43, p. 37. Adde, F. MAUME, « L'avenir de la notion de non-professionnel en droit de la consommation », CCC, 2016, n° 4, étude 5, spéc. n° 2 et 3.

³¹⁵ Cass., 1^{ère} civ., 23 juin 2011, n° 10-30.645 ; *Bull. civ.* 2011, I, n° 122.

³¹⁶ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, n° 60, p. 50.

³¹⁷ O. GRAF, *La personne morale : un non-professionnel ?*, *op. cit.*, n° 220, p. 148.

³¹⁸ Sur ce point, J. AMAR, « Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ? », CCC, 2003, chron., n° 5.

³¹⁹ V. par ex., Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1987, n° 85-13.674, *JurisData* n° 1987-000971 ; *Bull. civ.* 1987, I, n° 134 ; *D.*, 1987, jurispr., p. 455, obs. J.-L. AUBERT et 1988 ; *JCP G.*, 1987, II, 20893, note G. PAISANT ; *RTD civ.*, 1987, p. 537, obs. J. MESTRE ; Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, préc.

³²⁰ V. par ex., O. GRAF, *La personne morale : un non-professionnel ?*, *op. cit.*

³²¹ V. not., F. MAUME, art. préc., n° 13 et s.

B. Définition de la notion

76. - **Consécration textuelle.** Comme pour le consommateur, la définition du non-professionnel a donc été intégrée dans le Code de la consommation par les réformes récentes, notamment l'ordonnance du 14 mars 2016³²². Initialement appréhendé par les rédacteurs de l'ordonnance comme « *toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* », le non-professionnel est désormais défini comme « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* »³²³. Malgré tout, si le consommateur est inévitablement une personne physique, le non-professionnel apparaît être quant à lui une personne morale.

77. - **Innovation ou redondance ?** Initialement sorte « d'hybride » ou « d'OJNI » (Objet Juridique Non Identifié), le non-professionnel est désormais devenu une véritable notion englobant une catégorie spécifique de contractants appelés à bénéficier de certaines dispositions protectrices du Code de la consommation. Dès lors qu'elle agira en dehors du cadre de son activité professionnelle et qu'un texte prévoira sa protection, une personne morale pourra bénéficier de la législation consumériste. Innovation pour certains³²⁴ redondances pour d'autres³²⁵, l'insertion de la définition du non-professionnel au sein du Code de la consommation n'est pas sans engendrer certaines discussions. Parfois saluée³²⁶, cette nouveauté a également fait l'objet de critiques³²⁷. En effet, l'ensemble de la doctrine n'a pas accueilli cette nouvelle définition avec le même enthousiasme. Aussi, son appréciation demeure parfois incertaine. Alors qu'elle est de nature à remettre en cause le dualisme du droit de la consommation reposant sur la distinction classique entre le consommateur et le

³²² Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, *JO*, n° 64 du 16 mars 2016.

³²³ C. consom., art. liminaire issu de la L. n° 2017-203 du 21 févr. 2017, préc., art. 3. Aussi, il importe peu que le non-professionnel exerce ou non une activité professionnelle, ce qui avait pu prêter à discussion dans la définition initialement adoptée : V. X. DELPECH, « Une nouvelle définition pour le non-professionnel », *AJ Contrat*, 2017, p. 100, l'auteur relève d'ailleurs que « *la nouvelle rédaction [...] aboutit à élargir la catégorie de non-professionnel* ». Il conviendra surtout de déterminer si ce contractant agit ou non à des fins professionnelles.

³²⁴ R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », art. préc., spéc. n° 11.

³²⁵ V. not., C. GIAUME, « Le non-professionnel est-il un consommateur ? Ou des problèmes de la redondance en droit de la consommation », *LPA*, 1990, p. 25.

³²⁶ V. not., R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *JCP E.*, n° 27-28, 2016, 1402 ; M. BOCCARA, E. JOUFFIN et M. ROUSSILLE, « La nouvelle recodification du Code de la consommation », *Banque et droit*, n° 169, sept. - oct. 2016, Chron., p. 27.

³²⁷ En ce sens, S. PIEDELIEVRE, « Nouveau droit de la consommation et définition du « non-professionnel » », *JCP N.*, n° 18, 2016, act. 575. L'auteur estime notamment que « *la nouveauté qu'est la définition du non-professionnel laisse perplexe* », dès lors que cette catégorie « *se verra appliquer certaines règles du droit de la consommation et pas d'autres* ».

professionnel, la notion de non-professionnel serait-elle de nature à permettre une prise en compte des personnes morales exerçant une activité professionnelle et ainsi, par extension, ouvrir une porte à la protection de certains professionnels tel que le petit professionnel ? Envisager le non-professionnel sous l'angle des personnes morales n'agissant pas à des fins professionnelles, n'est-ce pas limiter considérablement la portée de cette notion un temps perçue comme celle permettant d'assurer une protection au professionnel en situation de faiblesse ? La position doit-elle être nuancée ?

C. Appréciation

78. - **Questions et doutes.** Comme précisé, la consécration de l'autonomie de la notion de non-professionnel a divisé les auteurs. Une partie de la doctrine estime qu'il s'agit d'« *une redondance maladroite* »³²⁸ ou désigne une « *catégorie absurde* »³²⁹. Une autre partie pense, en revanche, que cette catégorie permet de désigner les professionnels en situation de faiblesse économique comparable à celle dans laquelle se trouve le consommateur³³⁰, ou encore les professionnels contractant hors de leur sphère de compétence³³¹. En tout état de cause, la notion de non-professionnel « *suscite encore de grandes controverses* » et constitue « *l'une des plus épineuses du droit de la consommation* »³³².

Il résulte des considérations qui précèdent que le non-professionnel ne peut être qu'une personne morale. Il convient alors de s'interroger : toutes les personnes morales peuvent-elles prétendre à la qualification de « non-professionnel » ? Autrement dit, cette notion permet-elle d'englober toutes les personnes morales ?

79. - **Fins professionnelles : appréciation.** Avant la loi du 21 février 2017³³³, la définition du non-professionnel faisait, de manière surprenante, référence à l'existence d'une activité professionnelle pour le non-professionnel de sorte que pour être reconnue en tant que non-professionnel, il était sous-entendu que la personne morale concernée exerçait une

³²⁸ A. CATHELIN, « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive... », *CCC*, 1999, chron. 13, p. 4.

³²⁹ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.*, 1997, chron., p. 260.

³³⁰ J. KULLMAN, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, *D.*, 1992, somm. 402.

³³¹ F.-X. TESTU, « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995) », *D. aff.*, 1996, p. 372.

³³² S. TISSEYRE, « La qualité de non-professionnel d'une SCI s'apprécie par rapport à son objet social, et non au regard des mandats de son gérant », *D.*, 2019, p. 2331, note sous Cass. 3^{ème} civ., 17 oct. 2019, n° 18-18.469.

³³³ L. n° 2017-203 du 21 février 2017, préc.

activité professionnelle³³⁴. Désormais, et comme vu précédemment, la définition du non-professionnel a été reprise et clarifiée. Le critère posé par le législateur pour déterminer la protection ou non par le droit de la consommation d'une personne morale en tant que non-professionnel est le suivant : si elle agit à des fins professionnelles, le bénéfice de la protection tend à lui être refusé, en revanche, si elle n'agit pas à des fins professionnelles, elle est susceptible de jouir d'une telle protection. Dès lors, il convient d'apprécier la réalité des situations qui ne paraissent pas si tranchées. En effet, si une personne morale qui agit à des fins professionnelles ne pourra pas prétendre à la qualification de non-professionnel³³⁵, cette position prête parfois à confusion, et conduit au débat. C'est pourquoi, il y a lieu de revenir sur les principales problématiques offertes à l'appréciation des juges³³⁶. Il est alors intéressant de s'arrêter à l'application de cette notion à divers contractants tels que les comités d'entreprises, les syndicats de copropriétaires, les Sociétés Civiles Immobilières, les associations, et les Sociétés commerciales.

80. - **Comité d'entreprise.** À titre liminaire, doit être relevée la création du Comité Social et Économique (CSE) qui a vocation à remplacer les représentants élus du personnel et notamment le comité d'entreprise³³⁷. S'agissant de la situation de ces comités d'entreprise, la jurisprudence a connu une certaine évolution notamment au regard des dernières réformes intervenues en droit de la consommation. En 2009, la Cour de cassation opte pour une décision proscrivant la désignation de consommateur au comité d'entreprise : celui-ci ne peut

³³⁴ Dans son rapport à l'Assemblée Nationale, Madame LINKENHELD expliquait ainsi que : « *la rédaction initiale [de la définition du non-professionnel] risquerait de conduire à exclure le non-professionnel de la même protection qu'un consommateur au sens classique* », A. LINKENHELD, Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services (n° 3814), Assemblée Nationale, n° 4047, 21 sept. 2016.

³³⁵ A. FORTUNATO, « La protection des personnes morales contre les clauses abusives », *AJ Contrat*, 2017, p. 25. L'auteur soulignant qu'à partir du moment où le contrat conclu entrera dans l'activité exercée par la personne morale, elle ne pourra pas bénéficier de la protection consumériste, tandis qu'elle pourra prétendre à cette dernière si le contrat est signé en dehors de son activité.

³³⁶ Étant précisé que « *cela est important car, au sein des non-professionnels, on retrouve les associations, les syndicats de copropriétaires, les comités d'entreprise* », A. LINKENHELD, Rapp. préc.

³³⁷ V. l'ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223 du 23 sept. 2017, texte n° 31, et le décr. n° 2017-1819 du 29 déc. 2017 relatif au Comité social et économique, *JORF* n° 0304 du 30 déc. 2017, texte n° 82. V. égal., la L. n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF* n° 0076 du 31 mars 2018, texte n° 1. Ainsi, depuis le 1^{er} janv. 2020, le comité d'entreprise n'existe plus au sein des entreprises françaises, et les attributions du nouveau CSE sont désormais définies par les art. L. 2312-5 et s. du C. trav.

être considéré comme tel et de plus, il s'agit d'une personne morale³³⁸. En 2016, un comité d'entreprise s'est vu refuser la qualité de « non-professionnel »³³⁹, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considérant que le contrat signé était en rapport direct avec l'activité professionnelle de ce comité, et faisant application du critère du rapport direct s'agissant d'une personne morale dont l'action est, par principe, déterminée par son objet. Le caractère particulièrement strict et discutable d'une telle décision a conduit un auteur à s'interroger sur l'existence même du « non-professionnel personne morale »³⁴⁰, sans évoquer le « *voile d'incertitude* » engendré sur le champ d'application du Code de la consommation³⁴¹. Une partie de la jurisprudence semble toutefois plus souple, ce qui est de nature à faire évoluer la discussion entre les chambres de la Cour de cassation. Aussi, le 15 juin 2016, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a qualifié le comité d'entreprise exerçant sa mission légale de « non-professionnel »³⁴². Au regard de la jurisprudence actuelle de la Première Chambre civile, il est établi qu'un comité d'entreprise peut être appréhendé sous l'angle de la notion de non-professionnel³⁴³. Ainsi, il a été confirmé que le comité d'entreprise qui exerce sa mission légale définie aux termes de l'ancien article L. 2323-83 du Code du travail, en l'occurrence lorsqu'il participe à la gestion des activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés, n'agit pas à des fins professionnelles³⁴⁴. En sa qualité de personne morale à but non lucratif, le comité d'entreprise est donc susceptible de bénéficier des dispositions protectrices du Code de la consommation. De ces débats et de cette opposition entre ces deux chambres de la Cour de cassation émanera peut-être une certaine

³³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009, n° 08-11.231 ; *JCP* 2009, n° 38, p. 21, note G. PAISANT ; *CCC*, 2009, n° 182, obs. G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.*, 2010, 419, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Dr. et patr.*, 2010, suppl. n° 2, p. 3, obs. Y. PICOD. La Cour de cassation a ainsi jugé que l'ancien article L. 136-1 du Code de la consommation (devenu le nouvel art. L. 215-1 du même code) « *qui s'applique exclusivement au consommateur, ne concerne que les personnes physiques* », tandis que la juridiction de proximité avait estimé que « *le comité d'entreprise [...] qui n'est pas un professionnel bénéficiait de fait de la qualité de consommateur* ».

³³⁹ Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146 ; *Bull. civ.* 2016, n° 845, IV, n° 974 ; *D.*, 2016, p. 476 ; *D.*, 2017, pan., p. 375, obs. M. MEKKI ; *D.*, 2017, pan., p. 539, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *CCE*, n° 5, 2016, comm. 40, obs. G. LOISEAU ; *CCC*, n° 5, 2016, comm. 129, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP E.*, n° 24, 2016, p. 1363, obs. R. LOIR.

³⁴⁰ G. LOISEAU, « Le non-professionnel personne morale existe-t-il ? », *CCE*, n° 5, 2016, comm. 40, obs. préc. sous Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146. V. égal. : K. DE LA ASUNCION-PLANES, « La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? », *LPA*, 2010, n° 44, p. 3.

³⁴¹ R. LOIR, obs. préc. sous Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146.

³⁴² Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-17.369 ; *D.*, 2016, p. 1844, note G. LOISEAU ; *D.*, 2017, pan., p. 539, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP E.*, 2016, 1408 ; *CCC*, 2016, n° 8-9, comm. 200, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *RJDA*, 2016, n° 824 ; *CCE*, 2016, n° 69, obs. G. LOISEAU ; *RDC*, 2017, 109, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

³⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 16-20.748 : *JurisData* n° 2017-013488 ; *D.*, 2017, p. 1468 ; *D.*, 2018, pan., p. 584, obs. H. AUBRY ; *AJ Contrat*, 2017, p. 436, obs. N. PICOD ; *CCC*, n° 10, 2017, comm. 211, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *CCE*, n° 10, 2017, comm. 81, note G. LOISEAU.

³⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-17.369, préc., et Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 16-20.748, préc.

évolution. Pour autant, une telle situation laisse demeurer la question de la suppression même de la notion de non-professionnel qui reste en suspens et semble parfois suggérée³⁴⁵.

81. - **Syndicats de copropriétaires.** La question se pose également de savoir si un syndicat de copropriétaires peut avoir ou non une activité professionnelle ? Le syndicat de copropriétaires est une personne morale dont « *la fonction essentielle et permanente [...] est l'entretien et la conservation de l'immeuble dans le cadre des mandats que lui donne l'assemblée générale des copropriétaires* »³⁴⁶. À ce titre, il se trouve dans la même situation qu'un consommateur vis-à-vis de ses fournisseurs et prestataires de services. Toutefois, même si les personnes le constituant peuvent être des consommateurs à titre personnel, ce syndicat n'est pas une personne physique³⁴⁷. Les avis sont partagés³⁴⁸ et la Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'un non-professionnel³⁴⁹.

Pourrait-il cependant avoir par nature ou par certains aspects une activité professionnelle, notamment quand il se retrouve représenté par des syndicats professionnels ? La Cour de cassation a tranché en estimant que la représentation du syndicat de copropriétaires par un syndicat professionnel ne lui fait pas perdre sa qualité de non-professionnel³⁵⁰. Comme précédemment repris, la catégorie des non-professionnels n'exclut pas les personnes morales. Même si les personnes le constituant peuvent être des professionnels à titre individuel, le syndicat des copropriétaires demeure quant à lui une personne morale qui n'exerce pas une activité professionnelle, et il fait donc partie de la catégorie des non-professionnels. Il

³⁴⁵ Le Professeur LOISEAU met ainsi en évidence que « *le non-professionnel demeure décidément un personnage anecdotique* », tout en relevant que « *la loi du 21 février 2017, plutôt que d'en changer la définition, l'aurait supprimé qu'on s'en apercevrait à peine* » : G. LOISEAU, « Le non-professionnel, un spécimen rare », *CCE*, 2017, n° 10, comm. 81, note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 16-20.748 préc.

³⁴⁶ Réponse de M. le Secrétaire d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services et de la consommation à la question n° 58752 de M. Dominique LE MENER, 13^{ème} législature, *JORF* du 15 déc. 2009, p. 11982.

³⁴⁷ V. not., N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Florilège de décisions et intervention du législateur sur la définition du non-professionnel », *RDC*, 2017, n° 1, p. 109.

³⁴⁸ Selon l'art. 14 de la L. n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, le syndicat des copropriétaires a pour activité la conservation d'un immeuble bâti en copropriété et l'administration de ses parties communes. Il n'exerce, par principe, aucune activité commerciale, artisanale, industrielle ou agricole. Cependant, il est amené à poursuivre une activité de nature patrimoniale dont le caractère professionnel, bien que non retenu, a été discuté, v. not. D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, *op. cit.*, spéc. n° 223, p. 145-146.

³⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 2017, n° 16-10.007 ; *JurisData* n° 2017-005677 ; *CCC*, n° 6, 2017, comm. 137, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *Loyers et copr.*, n° 5, 2017, comm. 117, note A. LEBATTEUX.

³⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2015, n° 14-20.760 ; *Bull. civ.* 2016, n° 840, II, n° 538 ; *LEDC*, janv. 2016, n° 11, p. 3, note G. CATTALANO-CLOAREC ; *CCC*, 2016, comm. 49, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *D.*, 2016, p. 620, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

bénéficie, par conséquent, d'une partie de la protection édictée par le Code de la consommation³⁵¹.

82. - **Exclusion ou inclusion des Sociétés Civiles Immobilières ?** L'insertion de la SCI au sein de la catégorie des non-professionnels est source de difficultés. Compte tenu de la diversité de ces sociétés qui peuvent prendre différentes formes³⁵², leur qualification n'est pas toujours aisée à appréhender. Pour illustrer ce propos, il est intéressant d'observer la jurisprudence. Ainsi, il a été jugé qu'une SCI ne pouvait pas être regardée comme étant un consommateur dans le cadre d'une action engagée par une banque et donc bénéficiaire de la prescription biennale³⁵³. De nombreuses juridictions du fond ont également eu l'occasion de préciser cette jurisprudence, allant jusqu'à estimer que loin d'être un consommateur susceptible de bénéficier de la protection du droit de la consommation, une SCI pouvait être qualifiée de professionnel³⁵⁴. Il a aussi été jugé au regard des nouvelles dispositions du Code de la consommation que l'action d'une banque contre une SCI, personne morale, ne relève pas de la prescription biennale de l'ancien article L. 137-2 du Code de la consommation, devenu l'article L. 218-2³⁵⁵. La SCI ne peut donc pas être considérée comme un consommateur, et sa qualité de non-professionnel demeure incertaine.

83. - **Cas particulier du promoteur immobilier.** De manière plus surprenante, la qualité de « non-professionnel » a été reconnue à une SCI, promoteur immobilier, ce vis-à-vis du contrôleur technique en considérant que cette société « *était un professionnel de*

³⁵¹ De ce fait, il est par exemple préservé par les dispositions de la loi dite « Chatel » comme tous les consommateurs et non-professionnels. Il est également protégé contre les clauses abusives, la présentation et la rédaction des contrats, la reconduction des contrats, certains contrats spécifiques, ou encore les pratiques commerciales trompeuses.

³⁵² À titre illustratif, il existe des sociétés civiles de gestion de patrimoine, des sociétés civiles de « construction-vente », des sociétés civiles de placement immobilier, ou encore des sociétés civiles d'attribution. La vision générale des SCI dites « familiales » ne constitue donc pas l'unique image de ces sociétés. Si certaines exercent une activité économique à caractère « quasi » professionnel, ce n'est pas le cas de toutes. Sur ce point : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAU, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso Editions, 2013, n° 175 et s., p. 158 et s.

³⁵³ Cass. 2^{ème} civ., 3 sept. 2015, n° 14-18.287 ; *Bull. civ.* 2016, n° 835, III, n° 147 ; *JCP E.*, 2015, n° 1542 ; *Gaz. Pal.*, 2015, 3008, note LAUVERGNAT ; *Procédures*, 2015, n° 322, obs. LAPORTE.

³⁵⁴ V. par ex. : CA DOUAI, 9 juill. 2015, n° 14/07628 ; CCC, n° 10, 2015, comm. 242, obs. G. RAYMOND. Les juges du fond ont indiqué : « *que le prêt immobilier [...] a été souscrit [...] par la SCI aux fins de mise en location de ce bien et de perception de loyers, activité de nature professionnelle qui correspond à l'objet social de cette personne morale* ». V. égal. s'agissant de l'hypothèse de sociétés civiles de placement immobilier : CA METZ, 15 déc. 2015, n° 15/00752 et n° 14/01227 ; *JurisData* n° 2015-029241 ; CCC, n° 3, 2016, comm. 76, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX.

³⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2016, n° 14-29.261 : *JCP N.*, 2016, 1224, obs. T. DE RAVEL D'ESCLAPON ; *RJDA*, 2016, n° 642 ; *RD banc. fin.*, 2016, n° 114, obs. N. MATHEY.

l'immobilier mais pas un professionnel de la construction »³⁵⁶. Faisant fi de l'activité professionnelle exercée par le promoteur, spécialiste de l'immobilier, la Cour estime qu'il s'agit alors d'un non-professionnel face à un contrôleur technique professionnel. Dès lors, une même personne, morale en l'occurrence, peut être qualifiée à la fois de « professionnel » lorsqu'elle agit dans son domaine de compétence, et de « non-professionnel » quand ce n'est pas le cas même si l'acte litigieux est vraisemblablement en lien avec l'activité habituelle exercée. Le litige, antérieur de quelques années, a été jugé une première fois en 2011. À la suite d'un pourvoi, l'arrêt a fait l'objet d'une cassation en 2013, puis d'une nouvelle décision en 2014. Le 4 février 2016, la Cour de cassation a mis fin au litige : la clause limitative de responsabilité incombant au contrôleur technique est considérée comme abusive et se trouve frappée de nullité. Pour soustraire une clause limitative de responsabilité, le droit de la consommation n'a-t-il pas été interprété de manière extensive et n'a-t-il pas été adapté à l'objectif poursuivi ? En effet, si le promoteur immobilier n'est pas un professionnel de la construction, il intervenait dans le cadre de sa profession, en lien avec celle du constructeur, et non en tant que véritable consommateur. Certains auteurs estiment que la particularité de cette affaire repose sur le fait qu'elle est propre au domaine de la construction et devrait être « cantonnée au secteur des clauses limitatives de responsabilité »³⁵⁷.

Une telle adaptation du droit de la consommation conduit à rechercher la finalité de la décision qui dans ce cas amène à soustraire le professionnel de l'application d'une clause limitative de responsabilité, cela au détriment de l'interprétation classique de ce droit. Ici, la solution et la règle sont ajustées au regard de l'objectif poursuivi. Il est donc légitime de se demander : quelle conséquence pour la sécurité juridique et plus spécialement la sécurité contractuelle dès lors que la finalité de la décision semble empiéter sur celle du droit ? Le résultat n'est pas anodin. Ainsi, en l'espèce, la SCI promoteur immobilier, a été considérée comme un professionnel de l'immobilier mais pas comme un professionnel de la construction³⁵⁸. Or, il n'est pas contestable que celle-ci agissait dans le cadre d'une opération immobilière pour laquelle elle se présentait comme un professionnel. De ce fait, sauf à admettre un retour du critère de la compétence³⁵⁹ et à reconnaître qu'un professionnel qui agit

³⁵⁶ Cass. 3^{ème} civ., 4 févr. 2016, n° 14-29.347 : *D.*, 2016, p. 639, note C.-M. REGLION-ZIKA ; *D.*, 2017, p. 375, obs. M. MEKKI ; *CCC*, 2016, comm. 105, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP G.*, 2016, 796, obs. Y.-M. SERINET ; *AJDI*, 2016, p. 623, obs. F. COHET ; *RDI*, 2016, p. 290, obs. B. BOUBLI ; *JCP E.*, 2016, 1300, note N. PICOD ; *RDC*, 2017, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

³⁵⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 2018, n° 246, p. 250.

³⁵⁸ C'est pourquoi elle a été qualifiée de non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique.

³⁵⁹ Sur lequel, v. *infra* n° 182 et s.

en dehors de son domaine de savoir-faire n'est pas un professionnel, cette décision demeure discutable.

Plus récemment, faisant application du critère du lien direct, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a indiqué « *qu'une personne morale est un non-professionnel, [...], lorsqu'elle conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle* », estimant ainsi que « *la qualité de non-professionnel d'une personne morale s'apprécie au regard de son activité et non de celle de son représentant légal* »³⁶⁰. C'est pourquoi en la matière, la formulation choisie lors de la rédaction de l'objet social de la société concernée sera déterminante pour apprécier la qualité de non-professionnel de la partie qui contracte.

84. - **Associations.** Le milieu associatif apporte à son tour de nombreux exemples pour illustrer la difficulté à saisir le non-professionnel. L'association s'entend comme « *la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* »³⁶¹. La généralité de cette définition conduit à l'existence d'associations aux buts très divers³⁶². Les associations sans but lucratif sont classiquement considérées comme des non-professionnels lorsqu'elles n'exercent pas d'activité commerciale, industrielle ou libérale, mais poursuivent une mission caritative. Il a ainsi été jugé qu'une association pouvait être considérée comme un non-professionnel lorsqu'elle « *agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* »³⁶³. Mais, la situation n'est pas si simple et les solutions qui en découlent ne sont, de nouveau, pas évidentes à apprécier. En effet, il a été jugé à l'inverse qu'une association, même sans but

³⁶⁰ Cass. 3^{ème} civ., 17 oct. 2019, n° 18-18.469 : *D.*, 2019, p. 2331, note S. TISSEYRE. Rappr. Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 2019, n° 18-23.259 ; *D.*, 2020, p. 55, note S. TISSEYRE ; *CCC*, n° 1, 2020, comm. 13, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP E.*, 2020, 1002, note R. LOIR ; *JCP G.*, n° 5, 2020, 122, note S. LE GAC-PECH.

³⁶¹ L. du 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d'association, art. 1^{er}.

³⁶² L'association peut ainsi avoir un but non lucratif, par exemple culturel, ou un but plus intéressé en développant une activité économique profitable tant qu'elle ne procède pas au partage des bénéfices engendrés par celle-ci. À cet égard, si l'association ne peut pas être réellement considérée comme un commerçant, il est admis qu'elle peut exercer une activité commerciale. V. par ex., s'agissant d'une association effectuant des opérations d'intermédiaire pour l'achat ou la vente d'immeubles et qui se trouve assignée devant le Tribunal de commerce : Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-13.453 ; *D.*, 2006, p. 783, obs. E. CHEVRIER.

³⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 : *D. actu.*, 22 juin 2016, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.*, 2016, p. 2086, obs. V. BREMOND ; *AJ Contrat*, 2016, p. 436, obs. Y. PICOD ; *JCP G.*, n° 36, 2016, 924, note G. PAISANT ; *JCP E.*, 2016, n° 29, 1419, note R. LOIR ; *CCC*, 2016, n° 8-9, comm. 201, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *LPA*, 20 oct. 2016, n° 210, p. 10, note C. BOUIX ; *Gaz. Pal.*, 13 sept. 2016, n° 31, p. 26, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RDC*, 2017, p. 109, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP G.*, n° 47, 2016, doct. 1257, n° 2, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Lexbase Hebdo*, éd. Affaires, n° 471, 23 juin 2016, note F. JULIENNE.

lucrative, qui est amenée à fournir une garantie aux clients et fournisseurs d'agences de voyages est qualifiée de créancier professionnel³⁶⁴. Par conséquent, une relative indifférence vis-à-vis du caractère lucratif ou non de l'activité exercée par une association semble apparaître. Si cette dernière peut être considérée comme un professionnel notamment lorsqu'elle exerce une activité à but lucratif, son assimilation à la catégorie du non-professionnel n'est pas pour autant acquise³⁶⁵. Il convient d'observer qu'une forme d'hypocrisie peut apparaître quand la protection de certaines « grosses » associations bénéficiant de moyens importants³⁶⁶ est possible alors même que des professionnels aux moyens plus faibles demeurent exclus³⁶⁷. Dans ces conditions, l'assimilation d'une association en tant que non-professionnel peut paraître discutable voire critiquable lorsque ce type d'associations disposent de moyens conséquents pour assurer leur fonctionnement et leur existence. L'étude de ces jurisprudences amène à penser qu'une association, personne morale, peut être qualifiée de « professionnel » ou de « non-professionnel » en fonction du cadre de ses activités pourtant statutairement définies.

85. - **Exclusion des sociétés commerciales.** Il est désormais de jurisprudence constante que les sociétés commerciales sont exclues de la qualification de non-professionnel³⁶⁸. Aussi, celles-ci, personnes morales ne pouvant agir en dehors de leur objet social³⁶⁹, concluent des contrats à l'évidence en lien avec leur activité et ont donc un caractère professionnel³⁷⁰. Pour autant, il convient de nuancer cette réalité dès lors qu'une société peut

³⁶⁴ Cass. com., 27 sept. 2017, n° 15-24.895 : *D.*, 2017, p. 1908 ; *CCC*, 2017, comm. 232, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *LEDC*, 2017, comm. 1110, obs. G. CATTALANO-CLOAREC ; *JCP G.*, 2017, 1195, note G. PAISANT ; *D.*, 2018, pan., p. 584, obs. H. AUBRY ; *AJ Contrat*, 2017, p. 544, obs. Y. PICOD ; *JCP*, 2017, 1195, note G. PAISANT ; *RTD com.*, 2018, p. 161, note D. HIEZ.

³⁶⁵ V. not. : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 199, p. 182.

³⁶⁶ Il convient de penser ici aux associations très importantes qui gèrent des budgets considérables comme, en matière humanitaire, la Croix-Rouge française, dont le chiffre d'activité est de 1.351 millions d'euros selon le rapport « Chiffres-clés » de juin 2019 disponible sur le site internet de l'association à l'adresse suivante : <https://www.croix-rouge.fr/La-Croix-Rouge/La-Croix-Rouge-francaise/Ressources-et-transparence> ; ou encore, dans le monde du football, la Fédération internationale de football association (FIFA) qui regroupe plus de 200 associations nationales affiliées et qui a réalisé un résultat financier de 1.053 millions de dollars sur la période 2015-2018 : FIFA, Rapport financier 2018, spéc. p. 15 (rapport disponible à l'adresse internet suivante : <https://resources.fifa.com/image/upload/rapport-financier-de-la-fifa-2018.pdf?cloudid=11fwvjxpxffgux80ybut>).

³⁶⁷ V. *infra* n° 112.

³⁶⁸ V. par ex. les nombreux arrêts de la Cour de cassation en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2008, n° 07-18.128 ; Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-21.583 ; Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-26.416. V. égal., L. LEVENEUR, « Une société commerciale n'est pas un consommateur ou un non-professionnel », *CCC*, 2014, n° 3, comm. 60.

³⁶⁹ Précisément mentionné dans les statuts de ces sociétés.

³⁷⁰ Par ex., l'art. 1145 al. 2 du C. civ., dans sa rédaction issue de la réforme prévoyait : « la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts ». Désormais, et depuis la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, il dispose : « la capacité des personnes

parfois être engagée par des actes qui dépassent son objet social dans un souci de protection des tiers³⁷¹. Aucune sanction n'est précisément prévue par la loi dans cette hypothèse³⁷². Bien plus, la qualification juridique du contractant est ici susceptible d'être influencée puisque le contrat conclu n'est pas toujours en lien avec l'activité de la société³⁷³. Des auteurs se sont par ailleurs interrogés sur l'opportunité d'étendre la protection consumériste aux sociétés commerciales³⁷⁴. Au travers de cette démarche, les prémices d'une attention accordée au petit professionnel sont perceptibles. En effet, Monsieur PELLIER met en évidence des exemples qui semblent directement concerner cet acteur³⁷⁵. Malgré tout, il demeure généralement exclu de toute prise en compte de sorte que « *le droit de la consommation s'applique indistinctement aux grandes et aux petites entreprises* »³⁷⁶.

86. - **Synthèse : le petit professionnel exclu de la catégorie des non-professionnels.** Bien que longtemps perçue comme la catégorie propice pour envisager une prise en compte du petit professionnel, celle de non-professionnel est désormais devenue le sanctuaire de portion spéciale des contractants devant répondre à des critères spécifiques dont l'appréciation pose encore des questions³⁷⁷. Cette particularité française offerte sous couvert du droit européen ne semble donc pas pouvoir répondre à la problématique du petit professionnel. De ce fait, si cette notion de non-professionnel apparaît insusceptible d'appréhender celle de petit professionnel, un retour sur sa mise œuvre a permis d'apporter un éclairage particulier au regard de la situation de ce dernier. La consécration de la définition du non-professionnel semble fatalement exclure tout professionnel, *a fortiori* le petit

morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles ». Cela constitue-t-il alors une ouverture pour les sociétés commerciales qui pourraient ne pas agir à des fins professionnelles ?

³⁷¹ C'est notamment le cas pour les SARL (C. com., art. L. 223-18), pour les SA (C. com., art. L. 225-35 et art. L. 225-56), pour les SCA (C. com., art. L. 226-7), ou encore pour les SAS (C. com., art. L. 227-6).

³⁷² À l'exception de l'engagement de la responsabilité du dirigeant en faute, ou parfois de l'absence d'engagement de la société lorsque l'acte en cause tend à modifier son objet social, pouvoir qui appartient à l'assemblée des associés.

³⁷³ V. par ex., s'agissant d'un acte de cautionnement souscrit par une SAS en dépassement de l'objet social et de son appréciation par une personne physique profane : CA Versailles, 12 janv. 2016, ch. 12, n° 14/02657 : JurisData n° 2016-000273 ; *Dr. sociétés*, n° 4, avr. 2016, comm. 59, note M. ROUSSILLE.

³⁷⁴ V. not., J.-D. PELLIER, « Le domaine de l'article L. 132-1 du Code de la consommation : la question des sociétés commerciales », *LPA*, 2014, n° 90, p. 10, note sous Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-26.416.

³⁷⁵ L'auteur indique ainsi : « *une société commerciale n'est pas nécessairement armée pour se défendre face à un professionnel ; on songe tout particulièrement à la situation des entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée ou encore à celle des sociétés par action simplifiée unipersonnelle* », J.-D. PELLIER, note préc., spéc. n° 4.

³⁷⁶ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^e éd., 2015, n° 4, p. 4.

³⁷⁷ Pour une approche générale sur la pérennité et les incertitudes de la jurisprudence relativement à la notion de non-professionnel, v. not. : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAU, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 2018, n° 806 et s., p. 736 et s.

professionnel, du champ consumériste, la position adoptée conduisant uniquement à tenir compte des personnes morales n'agissant pas dans le cadre d'une activité professionnelle³⁷⁸. Le non-professionnel n'est donc pas officiellement un professionnel, mais bien un consommateur « personne morale » et, de nouveau, le petit professionnel ne semble pas pouvoir s'inscrire dans le cadre unique de cette notion.

Étant donné le caractère irréductible du petit professionnel à cette catégorie, il convient de poursuivre l'analyse auprès de la notion de professionnel à laquelle, par essence, il appartient.

III. Le petit professionnel et le professionnel

87. - **Démarche et plan.** À côté du consommateur et du non-professionnel, il existe le professionnel dont l'étude apparaît essentielle. Toutefois, l'approche est ici différente puisque, par nature, le petit professionnel appartient à cette catégorie. Alors, après avoir cerné la notion générale de professionnel (A) et l'avoir appréciée (B), sa comparaison avec celle du petit professionnel ouvrira sur l'observation de leurs similitudes et différences.

A. Définition du professionnel

88. - **Plan.** Dans un premier temps, la définition du professionnel est principalement apparue par opposition à celle de consommateur (1), puis, de manière très controversée, au travers de propositions doctrinales ou de décisions jurisprudentielles (2), pour finalement être clairement précisée (3).

1. Une définition par opposition

89. - **Dissemblance et objection ou réaction.** Pendant longtemps, les textes n'ont pas apporté de définition précise du professionnel, l'approche se faisant principalement sous le prisme de la notion de consommateur qui, comme cela a été vu précédemment, a eu bien du

³⁷⁸ À cet égard, si la catégorie de non-professionnel a permis d'entrevoir une ouverture intéressante pour le petit professionnel, le résultat n'est pas au rendez-vous. Certains auteurs vont désormais jusqu'à proposer un abandon de la notion même de « non-professionnel » ; pour un plaidoyer en ce sens : V. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. Université Montpellier, 2018, n° 988, p. 769.

mal à s'imposer en droit. Depuis son apparition dans le paysage juridique, le professionnel a donc souvent été appréhendé par opposition au consommateur, c'est ainsi que « *la référence au professionnel est utilisée comme antonyme de consommateur* »³⁷⁹. Défini par défaut, le professionnel tend à représenter « *celui qui n'est pas consommateur* »³⁸⁰. L'objectif de cette notion, qui a particulièrement connu son essor dès le milieu du XX^e siècle, a été de prendre en compte les compétences de certains contractants par rapport à d'autres et donc de tenir compte du déséquilibre engendré³⁸¹. Comme pour le consommateur, le droit européen a joué un rôle déterminant dans son apparition et son développement³⁸². Les professionnels sont dès lors perçus comme « *toutes les personnes physiques ou morales qui exercent une activité indépendante, habituelle et organisée* »³⁸³. Malgré un contentieux limité sur la notion de professionnel, la jurisprudence a également contribué à sa prise en compte et à son essor³⁸⁴.

90. - **Approche générale et exclusion.** Par principe, le professionnel est celui qui « *sait, ou est censé savoir* » et qui « *peut, ou est censé pouvoir* »³⁸⁵, ce à l'inverse du consommateur. Il est présumé être le plus fort face à ce dernier. L'idée étant que le consommateur nécessite une protection à laquelle il peut prétendre, cela comme toute personne d'une manière générale à l'exception des professionnels ; l'enjeu demeure le bénéficie ou non de la législation consumériste. Ainsi, puisque tout le monde est censé pouvoir jouir de cette protection, la notion de professionnel apparaît comme celle permettant d'exclure par opposition à la notion de consommateur qui autorise à inclure. D'une manière générale, la définition du professionnel n'a que très rarement posé de problème puisque seule la notion de consommateur apparaissait au centre des débats et de l'application de la

³⁷⁹ G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, JCl., Conc. Cons., fasc. 800, 2016, spéc. n° 15.

³⁸⁰ C. BOUIX, « L'association la SPA, lorsqu'elle procède au don de chiens, n'agit pas en tant que professionnel au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », *LPA*, 20 oct. 2016, n° 210, p. 10, note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 : JurisData n° 2016-010690.

³⁸¹ Par ex., sur le développement des obligations mises à la charge du professionnel et particulièrement s'agissant de sa connaissance des vices cachés, v. not. : J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *Mélanges P DIDIER*, Economica, 2008, p. 81 et s., spéc. p. 86.

³⁸² M.-H. MALEVILLE, « Réflexion sur l'activité du professionnel : une avancée dans la conception extensive du professionnel », in *Chronique de droit de l'activité professionnelle n° V (1^{ère} partie)*, *LPA*, 24 avr. 2002, n° 82, p. 9, note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2001, n° 99-12.512 ; *Bull. civ. I*, n° 209, p. 132.

³⁸³ J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », préc., spéc. p. 82.

³⁸⁴ En ce sens, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso Éditions, 2013, spéc. n° 120.

³⁸⁵ J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249.

législation consumériste. C'est pourquoi, le professionnel était presque indifféremment défini comme celui exerçant une activité commerciale ou civile à titre habituel³⁸⁶.

91. - **Liaison.** Alors que le consommateur se présente comme la personne qui va bénéficier d'un bien ou d'un service, le professionnel est souvent considéré comme celui qui va vendre le bien ou fournir le service en question³⁸⁷. Ainsi, la définition de ce dernier est particulièrement liée à celle de consommateur, de sorte que la clarification de l'une engendre nécessairement la clarification de l'autre. C'est pourquoi, comme pour le consommateur, certains critères ont été proposés avant que la notion de professionnel ne fasse l'objet d'une détermination propre.

2. Les critères de définition avancés

92. - **Première étape : absence de définition unifiée.** De nombreuses branches du droit sont amenées à utiliser la notion de professionnel et à y être confrontées³⁸⁸. Il est donc difficile de l'unifier et de satisfaire l'ensemble des acteurs intervenant avec des spécificités différentes. Certains indices et critères ont pourtant permis de l'appréhender, même si elle est très diversifiée en apparence.

93. - **Deuxième étape : proposition de critères généraux.** Le droit fiscal, le droit social et le droit commercial sont notamment venus poser certains critères afin de définir le professionnel. Ainsi, en droit fiscal, « *toute activité exercée à titre habituel et constant et dans un but lucratif* » relève du caractère professionnel³⁸⁹. Pour autant, l'aspect lucratif ou non d'une activité ne semble pas toujours être déterminant pour apprécier la qualité de professionnel³⁹⁰. Mais en matière fiscale, l'objectif est particulier et les règles sont établies

³⁸⁶ J.-P. PIZZIO, « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.*, 1982, chron. XIV, p. 91 et s., spéc. n° 3.

³⁸⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, (avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX), *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso Editions, 2013, n° 110, p. 110. Il est notamment relevé que « *les dispositions du droit contractuel de la consommation assimilent généralement le professionnel à un vendeur de biens ou un prestataire de services, sans préciser la nature de son activité* ».

³⁸⁸ De manière non exhaustive : le droit social, le droit fiscal, le droit commercial, le droit du travail, le droit des contrats.

³⁸⁹ *Rapport au Premier Ministre sur l'Economie Collaborative*, Mission confiée à P. TERRASSE, févr. 2016, Ph. BARBEZIEUX et C. HERODY (rapporteurs), p. 63.

³⁹⁰ Là, il faut notamment penser aux coopératives, aux mutuelles, voire aux services publics, qui tout en étant des professionnels n'ont pas nécessairement une activité lucrative.

afin de catégoriser les revenus, déterminer ceux qui seraient ou non déductibles, et apprécier leur nature imposable avec les conséquences qui leur sont rattachées, notamment au niveau des taux. Les critères appréhendés en matière sociale semblent proches de ceux déjà vus dans le domaine fiscal. En effet, afin de dire si la personne doit créer ou non une entreprise individuelle et dépendre du régime de protection sociale obligatoire, il est tenu compte du caractère « régulier et personnel à des fins lucratives », de manière accessoire ou non de l'activité exercée³⁹¹. En droit commercial, il existe une sorte de chevauchement et d'interaction entre la notion de professionnel et de commerçant³⁹². Au travers des critères arrêtés pour imposer l'immatriculation au RCS ou au Répertoire des Métiers dépendra la nature des actes entrepris et du caractère habituel de la profession exercée³⁹³.

De son côté, la doctrine a également proposé certains éléments tenant à l'exercice, par le professionnel, d'une activité lucrative excluant ainsi toute « gratuité »³⁹⁴, mais aussi d'une activité habituelle et principale³⁹⁵. Par la suite, des critères précis ont été dégagés par le Professeur LE TOURNEAU.

94. - **Troisième étape : les sept critères interdépendants arrêtés par le Professeur LE TOURNEAU.** Le Professeur LE TOURNEAU a présenté sept critères permettant d'identifier le professionnel³⁹⁶. Ainsi, ce dernier doit d'abord : afficher sa qualité, c'est-à-dire se déclarer comme tel ou en donner l'apparence (premier critère), et exercer une ou plusieurs activités (deuxième critère), à titre habituel (troisième critère) et de manière rémunérée (quatrième critère). Condition particulièrement importante selon l'auteur, le professionnel doit disposer d'une organisation fonctionnelle dédiée à la réalisation de son activité permettant de justifier de son efficacité (cinquième critère). En outre, il doit disposer de connaissances et d'une formation spécifique dans son domaine établissant sa compétence et sa qualification (sixième critère). Enfin, il doit détenir une certaine autorité sur les personnes intervenant dans l'exercice de son activité, ce qui conduit à reconnaître l'existence d'une responsabilité du professionnel (septième critère). Par ailleurs, l'auteur relève des éléments indifférents à la détermination du professionnel : personne physique ou morale, de

³⁹¹ Rapport au Premier Ministre, préc., p. 64.

³⁹² V. *infra* n° 122.

³⁹³ Rapport au Premier Ministre, préc., p. 64 et 65.

³⁹⁴ S. VIALLE, *La profession. Étude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. I et II, th. Grenoble, sous la dir. de D. LEFEBVRE, 1990, spéc. p. 29 et s. Adde, G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 1, 18^e éd., par L. VOGEL, LGDJ, 2001, spéc. n° 119, p. 106, où l'auteur met en évidence dans les caractères généraux de la profession le fait que celle-ci est « intéressée ».

³⁹⁵ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, spéc. n° 118, p. 105.

³⁹⁶ Ph. LE TOURNEAU, « Les critères de la qualité de professionnel », *LPA*, 12 sept. 2005, n° 181, p. 4.

droit privé ou public, commerçant ou non, exerçant telle ou telle profession. La moindre importance vis-à-vis du critère tiré de la nature de l'activité mise en avant par le Professeur LE TOURNEAU contraste avec la définition aujourd'hui établie qui considère avec intérêt l'activité exercée en procédant à une énumération³⁹⁷. Cela est d'ailleurs source de discussions³⁹⁸.

95. - **Réception des critères.** L'intégration des critères établis n'a pas été linéaire et a conduit à certaines hésitations. Leur nombre conséquent a en effet engendré des différences de degrés de réception³⁹⁹. C'est pourquoi, l'absence d'uniformité dans la prise en compte de ces critères n'a pas permis de faire ressortir une définition générale du professionnel et a mené à une grande diversité de décisions. Aussi, des doutes tant sur les éléments à prendre en considération⁴⁰⁰ que sur leur application⁴⁰¹ ou encore sur les activités concernées⁴⁰² ont touché la définition du professionnel.

³⁹⁷ V. *infra* n° 107.

³⁹⁸ Par ex., il sera relevé ultérieurement que les agriculteurs initialement écartés de la définition, ont par la suite été insérés au sein de celle-ci.

³⁹⁹ À titre illustratif, le critère du but lucratif ou non de l'activité professionnelle a fait l'objet de controverses et demeure encore discuté : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^e éd., 2015, n° 4, p. 5, où les auteurs indiquent que si « généralement, la profession est exercée pour en retirer un profit : son but est lucratif », la notion peut-être élargie « à certaines activités qui, tout en ayant un caractère habituel et organisé, n'ont pas pour but de réaliser un bénéfice : notamment les coopératives, les mutuelles, voire certaines associations qui fournissent des biens ou des services ».

⁴⁰⁰ En général, qu'il s'agisse d'une petite ou d'une grande entreprise, la personne de métier va bénéficier d'une formation adaptée, gage d'un certain professionnalisme. Néanmoins, est-ce toujours le cas ? Parfois, des personnes dites professionnelles ayant peu de scrupules se présentent comme des spécialistes alors qu'elles n'ont en réalité aucune connaissance ni compétence véritables en la matière et ne sont donc pas vraiment des professionnels auxquels elles font tort, ainsi qu'à la profession qu'elles déclarent représenter.

⁴⁰¹ Not. au travers du fleurissement d'entreprises alléguant plusieurs domaines de compétence, sans pour autant justifier de formations particulières. Il s'agit, à titre illustratif, du maçon qui se propose pour faire quelques travaux de plomberie, ou encore du paysagiste, qui, sans être à proprement parler un jardinier, va proposer ses services pour couper une haie ou autre, ce au-delà de son rôle « d'architecte des espaces verts ».

⁴⁰² Par ex., le cas de l'activité agricole qui a donné lieu à contentieux, sur lequel v. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.726 ; *Bull. civ.* I, n° 4, p. 3 ; *JCP G.*, 1993, II, 22007 note G. PAISANT ; *RTD com.*, 1993, n° 5, p. 706, obs. B. BOULOC ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.735 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.737. La profession agricole a bien souvent été ignorée par les définitions proposées de la notion de professionnel. Cependant, il n'y a plus lieu désormais de douter de la qualité de professionnel des agriculteurs. Sur le rapprochement de l'activité agricole et de l'activité commerciale et plus largement de l'activité professionnelle, v. en particulier : J. FOYER, « Exploitation agricole et entreprise agricole : du droit rural au droit commercial », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 271 et s. V. égal. sur la question de l'évolution des relations commerciales agricoles qui n'est pas sans lien avec le statut de plus en plus affirmé de l'activité agricole : B. GRIMONPREZ, « Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation – À propos de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture », *CCC*, n° 11, nov. 2010, étude 12 ; F. BUY, « Réforme du droit des relations commerciales agricoles : la « contractualisation », acte 2, *AJ Contrat*, 2018, p. 504 ; N. MATHEY, « Egalim : contractualisation des relations commerciales agricoles », *CCC*, n° 2, févr. 2019, comm. 25.

96. - **Jurisprudence à « géométrie variable »**⁴⁰³. Compte tenu des approches différentes, la jurisprudence a dû s'adapter en fonction des domaines concernés, et le professionnel a fait l'objet d'une sorte de définition « à la carte ». Pour illustration, en matière de tromperie, la Chambre criminelle de la Cour de cassation prend essentiellement en considération le critère de la compétence pour apprécier la responsabilité pénale du distributeur de produits ou de services⁴⁰⁴. De ce fait, le champ de compétence du professionnel, c'est-à-dire le périmètre de son activité, a longtemps servi à déterminer la qualification du professionnel⁴⁰⁵.

97. - **Nature des actes et personnalité du contractant.** La directive européenne d'harmonisation du 25 octobre 2011⁴⁰⁶ dégage quant à elle deux critères principaux : « *d'une part, un critère matériel, celui de l'activité, et d'autre part un critère personnel* »⁴⁰⁷. De façon générale la nature des actes entrepris est davantage prise en compte que la personnalité du contractant⁴⁰⁸. C'est d'ailleurs en ce sens que le législateur a décidé de s'orienter, en tenant compte de la finalité de l'acte, et ce au travers de l'appréciation de l'activité exercée. Aussi, les personnes dont les actes relèvent à l'évidence du domaine professionnel semblent pouvoir être, par principe, incluses dans la catégorie des professionnels⁴⁰⁹. Toutefois, il est possible de contester une telle approche. En effet, sous prétexte d'être qualifiée de professionnel dans un

⁴⁰³ L'expression est empruntée au Professeur RAYMOND : G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, JCl. préc., spéc. n° 15.

⁴⁰⁴ Le professionnel est présumé connaître la réglementation en vigueur portant sur le produit ou le service commercialisé, ainsi que la composition ou la qualité de ce produit. V. par ex., Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-80.652 : JurisData n° 2003-018629 ; *Dr. pén.*, n° 6, juin 2003, comm. 75, note J.-H. ROBERT. V. égal., l'ensemble de la jurisprudence citée par le Professeur RAYMOND : *Contrats de consommation*, JCl. préc., spéc. n° 16.

⁴⁰⁵ V. not., Cass. 1^{ère} civ. 28 avr. 1987, n° 85-13.674 ; *Bull. civ. I*, n° 134, *JCP*, 1987, II, 20893 note G. PAISANT ; *D.*, 1987, Somm. 455, et *Defrenois*, 1987, p. 1478, obs. J.-L. AUBERT ; *D.*, 1988, p. 1, Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.*, 1987, p. 537, obs. J. MESTRE ; *RGAT*, 1987, p. 559, note J. BIGOT.

⁴⁰⁶ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, *JOUE*, n° L 304/64 du 22 nov. 2011.

⁴⁰⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 158, p. 148.

⁴⁰⁸ V. not., M.-H. MALEVILLE, « Réflexion sur l'activité du professionnel : une avancée dans la conception extensive du professionnel », in *chronique de droit de l'activité professionnelle n° V (1^{ère} partie)*, *LPA*, 24 avr. 2002, n° 82, p. 9, note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2001, n° 99-12.512 ; *Bull. civ. I*, n° 209, p. 132.

⁴⁰⁹ Par ex., il faut penser ici à la situation de certaines sociétés. En effet, il a été précisé que : « *la qualification de professionnel s'applique sans hésitation aux sociétés commerciales par la forme, visées par l'article L. 210-1, alinéa 1 du Code de commerce, qu'elles prennent la forme de sociétés à responsabilité limitée* » : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 2018, n° 223, p. 227 et 228.

certain domaine, une personne pourrait-elle prétendre l'être pour une autre profession⁴¹⁰. Autrement dit, la qualification de professionnel a-t-elle une vocation générale ?

98. - **Élargissement et relation avec le petit professionnel.** Pour autant les critères ainsi proposés n'ont pas été les seuls à être développés, et surtout il est difficile de dégager une forme de consensus dans l'appréciation de ceux-ci pour appréhender le professionnel. Des auteurs ont ainsi mis en avant un critère plutôt qu'un autre : le savoir, l'expérience, la connaissance. Le petit professionnel serait alors un professionnel avec des capacités moindres au regard de ces éléments, comme s'il était encore en formation, en cours d'apprentissage, c'est-à-dire celui qui n'aurait pas encore acquis l'expérience nécessaire pour mériter ou être affublé du « titre officiel » de professionnel à part entière, mais seulement de celui de « petit professionnel ». Ces carences impliqueraient pour ce contractant un certain manque de « maturité ». Dans ces conditions, il apparaît difficile d'appréhender le professionnel dans son ensemble et d'en donner une définition générale. Il l'est encore plus de définir le petit professionnel : à ce stade, doit-il être considéré comme un professionnel à part entière ?

99. - **Proximité avec la notion d'entreprise.** La proximité entre la notion de professionnel et celle d'entreprise a déjà été mise en évidence⁴¹¹ et sera approfondie ultérieurement⁴¹². Cependant, il y a lieu de nuancer cette liaison entre les deux notions puisque l'entreprise présente un aspect plus économique que juridique⁴¹³. Un auteur l'a d'ailleurs justement expliqué : « *Le professionnel, c'est donc l'entreprise au sens économique du terme* »⁴¹⁴. La qualité juridique de la notion de professionnel ne fait aucun doute et cette spécificité la rend d'autant plus précieuse lorsqu'il s'agit d'envisager l'instauration d'une définition légale.

⁴¹⁰ Au regard des propositions présentées pour la définition de professionnel, il est légitime de se demander si la personne agissant dans le cadre de sa profession, le fait systématiquement dans un but lucratif ou de manière organisée. En outre, il est possible d'évoquer ici les boulangers qui se lancent dans la vente de produits régionaux qui n'ont pas été fabriqués par eux-mêmes, mais pour la vente desquels ils sont susceptibles d'être considérés comme des professionnels, ou encore l'exemple des épiceries considérées comme des dépôts de pain et non comme des boulangers. À quel titre et pour quelle activité ces différents acteurs économiques peuvent-ils être appréhendés précisément comme des professionnels ?

⁴¹¹ V. not., G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, spéc. n° 121, p. 107, où il est notamment relevé que « *la notion d'entreprise doit être rapprochée de la notion de profession* ».

⁴¹² V. *infra* n° 138 et s.

⁴¹³ Même si la notion d'entreprise est de plus en plus saisie par le droit, que ce soit au travers du développement de l'EIRL récemment réformée, ou encore de l'attention qui lui est accordée en matière de concurrence où elle apparaît comme un « *sujet privilégié* » (L. ARCELIN, « *Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence* », *JCL., Conc. Cons.*, fasc. 85, 2016, spéc. n° 4), la consécration juridique de la notion d'entreprise demeure controversée : v. *infra* n° 144.

⁴¹⁴ G. TAORMINA, *Théorie et pratique du droit de la consommation. Aspects généraux et contrats spéciaux*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2004, n° 184.

3. Une définition précisée

100. - **Propositions.** Comme pour le consommateur, la Commission de refonte du droit de la consommation présidée par le Professeur CALAIS-AULOY a proposé une définition des professionnels comme étant « *les personnes physiques ou morales qui se procurent ou qui offrent des biens ou des services dans l'exercice d'une activité habituelle ayant un but lucratif* »⁴¹⁵. Les deux critères déterminants pour qualifier un contractant en tant que professionnel sont donc le caractère habituel de son activité et le but lucratif de celle-ci. D'une manière plus générale le professionnel se détermine au regard du caractère habituel et organisé de son activité⁴¹⁶.

101. - **Le professionnel en droit européen.** Plusieurs directives européennes sont venues apporter une définition du professionnel afin de délimiter leur périmètre d'application. C'est le cas notamment de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives⁴¹⁷, et plus récemment de la directive d'harmonisation du 25 octobre 2011 qui a proposé une définition plus complète⁴¹⁸.

102. - **Consécration et précision.** Bien que non considérée par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi « Hamon », la définition du professionnel a été apportée par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016⁴¹⁹. Elle a également été inspirée et même imposée par le droit européen⁴²⁰. Désormais, le professionnel est considéré comme

⁴¹⁵ J. CALAIS-AULOY, *Vers un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé de la consommation*, op. cit., p. 11. La Commission avait décidé d'assimiler à des professionnels « *les établissements publics à caractère industriel ou commercial* », *ibid.*

⁴¹⁶ V. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, p. 4.

⁴¹⁷ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* du 21 avr. 1993, L 95/29. Selon les dispositions de l'art. 2, c), le professionnel représente « *toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée* ».

⁴¹⁸ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011, préc., dont l'art. 2., 2) dispose que le professionnel est « *toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

⁴¹⁹ La définition du professionnel a été insérée dans le Code de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, ratifiée par la loi n° 2017-203 du 21 févr. 2017.

⁴²⁰ Il s'agit, en effet, de la transposition de la définition issue de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, préc. Aussi, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la

« toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel »⁴²¹. La personne concernée et la finalité de l'acte en cause, c'est-à-dire le cadre dans lequel celui-ci est conclu⁴²², constituent ainsi deux critères qui permettent d'envisager la qualification ou non du professionnel au sens du Code de la consommation.

103. - **Le professionnel personne physique.** Pour exploiter son activité, un professionnel n'a pas nécessairement besoin de créer la fiction de la personne morale. Ainsi, une personne physique peut être considérée comme un professionnel dès lors qu'elle exerce son activité en son nom propre, tels un commerçant, un artisan, un professionnel libéral, un agriculteur⁴²³, mais aussi désormais les personnes physiques exerçant en qualité d'auto-entrepreneur ou d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. De même, il a été rappelé que « outre le commerçant, l'industriel, l'artisan, la personne exerçant à titre libéral et l'agriculteur « traditionnels », une place doit désormais être accordée aux personnes physiques exerçant en tant que micro-entrepreneur, ou selon le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée »⁴²⁴, dès l'instant que « ces statuts bénéficient [...] aux sociétés commerciales, artisanales, agricoles et aux professions libérales non réglementées »⁴²⁵.

104. - **Le professionnel personne morale.** La diversité des personnes morales rend plus subtile la qualification du professionnel sur ce point. Quelle que soit leur forme, il apparaît évident que l'ensemble des sociétés commerciales pourvues de la personnalité juridique sont susceptibles d'être qualifiées de professionnel⁴²⁶. Plus délicate demeure la question relative à la qualification de professionnel des sociétés civiles, c'est-à-dire « les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur

consommation explique que « l'insertion d'une définition du professionnel répond à une exigence de la Commission européenne » et qu'il « s'agit donc là d'une mesure d'adaptation au droit de l'Union européenne », *JORF* n° 0064 du 16 mars 2016, texte n° 28.

⁴²¹ C. consom., art liminaire.

⁴²² Plus précisément, celui de l'activité exercée ou non.

⁴²³ En ce sens, v. not., C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002, spéc. n° 418, p. 214.

⁴²⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 2018, n° 222, p. 227.

⁴²⁵ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *ibid.*

⁴²⁶ V. *supra* n° 85.

nature, ou de leur objet »⁴²⁷, Parmi ces dernières, quelles sont celles qui peuvent être amenées à bénéficier de la qualité de professionnel, ou pour lesquelles il est, à tout le moins, concevable d'envisager cette qualité ? À cet égard, il a été précédemment démontré la difficulté à appréhender les SCI qui se distinguent des simples sociétés civiles de personnes ou de moyens⁴²⁸.

105. - **Le professionnel, une personne privée ou publique.** Il est constant que le professionnel peut être soit une personne privée, soit une personne publique⁴²⁹ du fait qu'un usager du service public peut être lui-même considéré comme un consommateur⁴³⁰. S'il convient d'opérer une distinction entre le service public tel qu'il est perçu en France et la vision européenne du service public⁴³¹, il n'est pas contestable que certaines personnes morales publiques sont susceptibles de bénéficier de la qualité de professionnel et donc de sa nouvelle définition⁴³².

106. - **Le professionnel agissant au nom et pour le compte d'un autre professionnel.** Quelle que soit la forme d'intermédiation utilisée⁴³³, la personne qui agit au nom et pour le compte d'un autre professionnel peut être assimilée à un professionnel et être soumise au régime en découlant. Se pose également la question de savoir si le professionnel tel qu'entendu par l'article liminaire du Code de la consommation pourrait être un salarié, ou

⁴²⁷ C. civ., art. 1845 al. 2.

⁴²⁸ V. *supra* n° 82.

⁴²⁹ Ainsi, la qualité de professionnel apparaît en grande partie indifférente « à la nuance entre l'activité privée et l'activité publique » : C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, op. cit., n° 418, p. 214. Adde, N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2002, spéc. n° 380 et s, où l'auteur évoque « l'aptitude de certaines personnes publiques à accéder à la qualité de professionnel ».

⁴³⁰ N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, op. cit., spéc. n° 399 et s. Rapp., J. CHEVALLIER, « Les droits du consommateur usager de services publics », *Dr. soc.*, 1975, p. 75 et s.

⁴³¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, op. cit., n° 225 et s., p. 230 et s. Ainsi, il est rappelé qu'en France, il y a lieu de distinguer le Service Public Industriel et Commercial (SPIC) du Service Public Administratif (SPA) qui n'a pas vocation à bénéficier de la qualification de professionnel, tandis qu'au niveau européen une distinction existe entre le Service d'Intérêt Économique Général (SIEG), le Service Non Économique d'Intérêt Général (SNEIG) et le Service Universel.

⁴³² Pour une application de la notion de professionnel au Service Public Industriel et Commercial (SPIC), v. not., N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, op. cit., n° 226, p. 231 et s. Rapp., CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-59/12, *Zentrale zue Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs* ; *Europe*, 2013, comm. 540, obs. M. MEISTER ; *RTDE*, 2014, p. 730, n° 2, obs. C. AUBERT DE VINCELLES. En l'espèce, la Cour de justice a consenti à l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales à un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général, ce dernier étant qualifié de professionnel.

⁴³³ Que ce soit un chef d'entreprise employant de la main-d'œuvre, ou qu'il soit question de recourir à un mandataire comme par ex. un agent commercial, qui se trouve défini à l'art. L. 134-1 du C. com. V. sur ce point : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, op. cit., n° 218, p. 226.

s'il doit nécessairement exercer son activité de manière indépendante. En introduction, l'analyse du droit social et de l'activité salariée a été exclue du champ d'étude du moment que le salarié n'est pas, en principe, amené à supporter les risques inhérents à l'exploitation de l'activité en cause. Néanmoins, il a été justement relevé que « *certaines activités libérales peuvent, [...], être désormais exercées sous forme de salariat, qu'il s'agisse des professions d'architectes, d'avocats, de notaires et d'huissiers* »⁴³⁴. Il semble alors que la subordination découlant du statut de salarié du professionnel libéral ne lui fasse pas perdre sa qualité de professionnel au sens du droit de la consommation puisqu'il demeure techniquement indépendant⁴³⁵. De manière plus mesurée, le Professeur RAYMOND souligne que l'indépendance du professionnel, caractérisée par le fait qu'« *il agit pour le compte de son entreprise non en représentation de son employeur* », constitue une qualité essentielle susceptible de se dégager de la nouvelle définition pour « *distinguer le professionnel au sens du Code de la consommation de tous ceux qui exercent une activité professionnelle (notamment les salariés)* »⁴³⁶.

107. - **Un critère matériel déterminant : l'activité.** D'un autre côté, après le critère personnel, un critère matériel a été mis en avant par le législateur : celui de l'activité exercée. Ce critère de l'activité, et plus précisément de la finalité de l'acte, est déterminant pour apprécier la qualité de professionnel, ce dernier étant, au regard de la nouvelle définition, principalement considéré à partir de son activité⁴³⁷. Limitativement énumérées par l'article liminaire du Code de la consommation, les activités concernées sont les suivantes : commerciale⁴³⁸, industrielle⁴³⁹, artisanale⁴⁴⁰, et également en dépit des débats suscités,

⁴³⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAU, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, op. cit., n° 219, p. 226-227.

⁴³⁵ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAU, et L. USUNIER, *ibid.*

⁴³⁶ G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, JCl. préc., spéc. n° 17. Il précise en outre que « *peu importe la nature ou l'importance de l'entreprise, [...] il faut que le contrat soit conclu par le chef d'entreprise ou son représentant au nom de celle-ci* ».

⁴³⁷ Cela est d'ailleurs source de discussions : v. *infra* n° 217 et s.

⁴³⁸ Il s'agit, au sens de l'art. L. 121-1 du C. com., des activités mettant en cause un commerçant qui exerce des actes énumérés aux art. L. 110-1 et L. 110-2 du C. com., soient bien souvent des achats de biens en vue de leur revente.

⁴³⁹ C'est-à-dire de manière générale les activités de production ou de transformation. Elles sont souvent assimilées à une activité commerciale dès lors que l'art. L. 110-1, 5° du C. com., répute acte de commerce « *toute entreprise de manufacture* » soit, classiquement, toute entreprise de fabrication.

⁴⁴⁰ Selon l'art. 19-I de la loi n° 96-603 du 5 juill. 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, modifié par le décret n° 2019-56 du 30 janv. 2019, il s'agit de « *l'activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'État* ». En ce sens, l'artisan présente un savoir-faire particulier lui permettant d'être compétent dans un domaine spécifique. Plus précisément, au regard de l'importance de l'activité exploitée, il est intéressant de relever que l'art. 19 précité prévoit que « *Doivent être immatriculées au répertoire des métiers ou au registre des entreprises [...] les personnes physiques et les*

libérale⁴⁴¹ ou agricole⁴⁴². Si une telle démarche permet, à l'évidence, de déterminer avec précision la catégorie de professionnel⁴⁴³, elle n'apporte aucun élément sur l'appréciation des critères précédemment évoqués, tant en doctrine qu'en jurisprudence⁴⁴⁴.

Aussi, au travers de cette simplicité apparente, la définition du professionnel demeure sujette à discussion, certaines zones d'ombres pouvant faire ressurgir des difficultés d'appréciation. En effet, se cantonner à l'activité exercée par le professionnel ne permet pas de prendre en considération la réalité de la situation de certains acteurs dont la compétence, la dimension, ou encore le niveau d'information tendent à nuancer la position de supériorité souvent sous-entendue, voire reconnue ou affirmée avec trop d'évidence à l'égard du consommateur. Il ne faut pas négliger non plus les relations entre professionnels ; celles-ci présentant souvent des déséquilibres. Par exemple, une petite entreprise n'aura pas, bien évidemment, le même budget formation, ni le même service juridique⁴⁴⁵, comme peut en disposer une grande entreprise. Aussi, le déséquilibre contractuel peut-il seulement résulter de

personnes morales qui n'emploient pas plus de dix salariés », des modalités particulières d'immatriculation s'appliquant ensuite pour les personnes qui dépassent le plafond de cinquante salariés. Enfin, il est également important d'observer que depuis la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *JORF* n° 0071 du 23 mars 2012, p. 5226, texte n° 1, il convient d'opérer une distinction entre trois statuts : « l'artisan », « l'artisan qualifié », et « l'artisan d'art ». En effet, l'art. 31 de ladite loi est notamment venu modifier les dispositions de l'art. 21 de la loi n° 96-603 précédemment évoquée.

⁴⁴¹ Celle-ci est définie par l'art. 29 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, comme « *une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle* ». De manière très générale, il faut rappeler qu'une distinction existe entre les activités libérales dites « réglementées », s'agissant en matière juridique des avocats, des huissiers de justice ou encore des notaires, et les activités libérales dites « non réglementées », c'est-à-dire les professions pratiquées de manière totalement indépendante, comme par ex. un consultant ou un conférencier.

⁴⁴² L'art. L. 311-1 du C. rur., définit l'activité agricole comme celle « *correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation* ». Il est intéressant de relever que le législateur français a ajouté l'activité agricole dans la liste énumérée par la directive européenne 2011/83/UE, étant relevé qu'elle englobe indistinctement l'agriculture dite « traditionnelle », et l'agriculture dite « industrielle ». Sur ces éléments : v. *supra* n° 95.

⁴⁴³ Étant néanmoins précisé, que cette liste peut, particulièrement au regard de l'approche européenne, apparaître comme indicative et ne présume donc pas de l'exclusion automatique des activités non mentionnées en ce qu'elles se trouvent « hors liste » : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAU, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, op. cit.*, n° 213, p. 222-223.

⁴⁴⁴ À cet égard, la définition ne précise pas si l'activité exercée doit être habituelle, même si ce critère apparaît essentiel à la qualification de professionnel : v. not. CA Aix-en-Provence, 28 oct. 2014, 1^{re} ch. A., n° 13/17926 ; D., 2014, p. 2246 ; *RTD civ.*, 2015, p. 157, note P.-Y. GAUTIER, s'agissant de l'hypothèse d'une consultation juridique dispensée par un Professeur de droit dont il n'est pas déterminé s'il s'agit d'une activité habituelle. Cette définition du professionnel ne précise pas non plus si l'activité doit être rémunérée ou non, ni si un seul ou un niveau de compétence de la part du professionnel est susceptible d'être exigé. En outre, des discussions peuvent se porter sur le degré d'information du professionnel, voire de manière plus intéressante ici sur la dimension financière du professionnel au sujet de laquelle la définition retenue demeure silencieuse.

⁴⁴⁵ Dans l'hypothèse où elle disposerait d'ailleurs d'un tel service.

la compétence prétendument supérieure du professionnel ?⁴⁴⁶ À l'évidence, des interrogations demeurent.

B. Appréciation de la notion de professionnel

108. - **Définition très générale du professionnel.** Telle qu'elle existe, la catégorie de professionnel ne permet pas de faire une distinction entre les grands et les petits professionnels, ou plus généralement entre professionnel « partie forte » et professionnel « partie faible ». Une conception extensive du professionnel se dégage de la démarche⁴⁴⁷, mais les seuls caractères évoqués jusqu'à présent ne permettent pas d'appréhender précisément le petit professionnel. C'est pourquoi il convient d'apprécier la notion et de distinguer les traits propres de ce dernier⁴⁴⁸. Pour cela, il est important de préciser cette notion et les critères qui la caractérisent. Trop souvent le statut de professionnel est attribué à un contractant de manière évidente, sans débat, ce afin d'assurer une protection suffisante à son cocontractant consommateur. Pour autant, il est essentiel de ne pas négliger ce statut, dont l'importance est fondamentale notamment dans la détermination du débiteur ou du créancier des obligations du droit de la consommation. Plusieurs approches peuvent alors être évoquées dans l'appréciation de la notion de professionnel.

109. - **Appréciation transversale par le droit européen.** Comme pour le consommateur, les juridictions européennes procèdent à une appréciation de « *manière transversale à l'ensemble des directives, sans s'arrêter aux seules directives en cause* »⁴⁴⁹, ce qui est de nature à renforcer la conception large du professionnel précédemment évoquée. Malgré tout, cette démarche apparaît justifiée lorsqu'il s'agit d'envisager la volonté d'harmonisation du législateur européen en matière contractuelle, cette volonté prenant forme tant sur les régimes spécifiques à mettre en place que sur les nouvelles notions à identifier.

⁴⁴⁶ Il suffit de repenser ici à l'avocat ou plus largement aux professionnels du droit qui sont amenés à souscrire un contrat d'assurance ou de prêt pour lesquels leurs compétences juridiques sont susceptibles de les placer dans une situation équivalente, voire supérieure à celle de l'établissement bancaire ou du courtier d'assurance. De même, les capacités de ces acteurs sont bien souvent plus importantes en matière de rédaction contractuelle ou de mise en place de garanties que celles du petit artisan venu, par exemple, changer la toiture ou effectuer quelques réparations chez ces spécialistes du droit des contrats.

⁴⁴⁷ Ce qui est confirmé par l'approche européenne par laquelle l'envergure de la notion de professionnel a déjà été mise en évidence : N. SAUPHANOR-BROUILAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *op. cit.*, spéc. n° 259, p. 269, où il est fait état de la « *notion large de professionnel* ».

⁴⁴⁸ En évoquant ce qu'elle englobe et les critères qui s'y rapportent.

⁴⁴⁹ C. AUBERT de VINCELLES, « Chronique de droit européen des contrats – (1^{er} janvier – 31 décembre 2018) », CCC, n° 5, mai 2019, chron. 3, spéc. n° 5.

110. - **Appréciation du contexte et incertitude.** Au niveau national, la Cour de cassation rappelle que l'appréciation de la notion de professionnel est très liée au contexte de conclusion du contrat en cause⁴⁵⁰. Une telle approche n'est pas sans engendrer certaines incertitudes. Pour illustrer cette situation, il est intéressant d'évoquer le cas de l'inscription, ou non, du professionnel au RCS. Une jurisprudence récente de la Haute juridiction a estimé, s'agissant d'une personne inscrite au RCS en qualité de loueur en meublé professionnel, ayant procédé à plusieurs opérations immobilières pour lesquelles elle a souscrit à des prêts bancaires, qu'elle agissait à des fins professionnelles⁴⁵¹. Or, quand bien même une personne ne serait pas inscrite au RCS, cela ne signifie pas, pour la première Chambre civile de la Cour de cassation, qu'elle soit nécessairement qualifiée de consommateur et donc qu'elle soit automatiquement exclue de la catégorie des professionnels⁴⁵². En l'espèce, les juges du fond avaient retenu qu'une personne non inscrite au RCS ne pouvait pas être assimilée à un professionnel. Les hauts magistrats ont considéré « *qu'en se déterminant ainsi, par des motifs insuffisants à caractériser que l'emprunteur avait agi à des fins étrangères à son activité professionnelle, fût-elle accessoire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

À l'évidence, l'appréciation du contexte rend délicate celle de la notion de professionnel, ce qu'illustre l'hypothèse de l'inscription ou non du contractant au RCS, qui ne semble pas constituer un élément suffisant pour retenir la qualification de professionnel. En outre, il résulte d'une décision de la CJUE que le Juge doit, pour qualifier l'activité en cause, apprécier si la personne « *agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, [...], au vu de toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce* »⁴⁵³. Si la Cour de justice propose une liste non exhaustive de critères pour permettre

⁴⁵⁰ V. not., H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », *D.*, 2019, Pan., p. 607 et s., spéc. les développements relatifs au paragraphe 1^{er} portant sur le « champ d'application ».

⁴⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2018, n° 16-10.342 ; *RDC*, 2018, 410, note J. JULIEN. La Cour a, en effet, jugé que « *M. X... était inscrit au registre du commerce et des sociétés en qualité de loueur en meublé professionnel, et que les emprunteurs avaient procédé à neuf autres opérations similaires avec le concours de différents organismes bancaires, ce dont il résultait que les prêts litigieux étaient destinés à financer une activité professionnelle, fût-elle accessoire* ». Dans le même sens, v. égal. : Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2018, n° 16-28.682, s'agissant d'une personne ayant constitué une société pour son activité de marchand de biens et de locations immobilières.

⁴⁵² Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2018, n° 17-16.519 et n° 17-16.520 ; *D.*, 2018, p. 1254 ; *RDI.*, 2018, p. 444, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; *AJ Contrat.*, 2018, p. 381, obs. Y. PICOD.

⁴⁵³ CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashhita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova* ; *D.*, 2018, p. 1965 ; *D.*, 2018, p. 2270, obs. J. LARRIEU ; *AJ Contrat*, 2018, p. 534, obs. V. LEGRAND ; *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 702, obs. A. LECOURT ; *D.*, 2019, pan., p. 607, obs. H. AUBRY ; *CCE*, 2018, comm. 90, obs. G.

la qualification de professionnel⁴⁵⁴, il n'en demeure pas moins qu'une telle approche rend son appréciation délicate et surtout incertaine. Finalement, c'est bien souvent vers une appréciation « au cas par cas »⁴⁵⁵ que se dirige la jurisprudence. Aussi, il est nécessaire de reprendre certains points pouvant poser difficulté dans l'appréciation de la notion de professionnel.

111. - **Acte mixte.** L'une des premières problématiques porte sur la qualification de professionnel ou non d'une personne concluant un contrat à usage mixte, c'est-à-dire un contrat portant à la fois sur la satisfaction de ses besoins personnels et sur l'exercice de son activité professionnelle : s'agit-il d'un professionnel ou d'un consommateur ? Dès lors que la finalité de l'acte est double, professionnelle et personnelle, quel camp choisir ? En la matière, la jurisprudence européenne est constante. La Cour de justice considère que la qualification de consommateur n'est pas automatiquement rejetée lorsque la part de l'activité professionnelle est insignifiante et que l'acte porte principalement sur la satisfaction des besoins personnels⁴⁵⁶. Si l'appréciation du caractère marginale de l'usage professionnel apparaît assez souple⁴⁵⁷, il y a lieu de relever que la qualification de professionnel demeure possible⁴⁵⁸. Le

LOISEAU ; CCC, 2018, comm. 206, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *Europe*, 2018, comm. 487, obs. S. CAZET.

⁴⁵⁴ La Cour de justice évoque notamment la nécessité pour la juridiction de renvoi d'analyser le caractère organisé de la vente litigieuse sur la plateforme en ligne, son caractère lucratif, les compétences techniques du vendeur relative au produit concerné, le statut juridique de celui-ci, ou encore son assujettissement à la TVA (point 38).

⁴⁵⁵ En ce sens, H. AUBRY, « Droit de la consommation », *D.*, 2019, pan., préc., spéc. p. 608 ; A. LECOURT, *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 702, obs. préc. sous CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17.

⁴⁵⁶ CJCE, 20 janv. 2005, aff. C-464/01, *Gruber c/ Bay Wa AG* ; CCC, n° 5, mai 2005, comm. 100, obs. G. RAYMOND ; *RTD civ.*, 2005, p. 353, note P. REMY-CORLAY. Dans le même sens : CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *Maximilian Schrems c/ Facebook Ireland Limited* ; CCC, 2018, comm. 59, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *CCE*, 2018, comm. 19, obs. G. LOISEAU ; *D.*, 2018, p. 371, obs. M. COMBET ; *D.*, 2019, pan., p. 607, obs. H. AUBRY ; CCC, n° 5, mai 2019, chron. 3, obs. C. AUBERT de VINCELLES. La Cour de justice indique, au regard de l'article 15 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et s'agissant précisément d'une personne ayant ouvert un compte sur Facebook pour ses activités privées et une page Facebook relative notamment à l'information des internautes de son action contre Facebook Ireland et de publicité pour ses livres, « qu'un utilisateur de compte Facebook privé ne perd pas la qualité de « consommateur », au sens de cet article, lorsqu'il publie des livres, donne des conférences, exploite des sites Internet, collecte des dons et se fait céder les droits de nombreux consommateurs afin de faire valoir ses droits en justice ».

⁴⁵⁷ C. AUBERT de VINCELLES, « Chronique de droit européen des contrats – (1^{er} janvier – 31 décembre 2018) », CCC, n° 5, mai 2019, chron. 3, spéc. n° 4.

⁴⁵⁸ Aussi, la question s'est posée de savoir si un avocat qui contracte un crédit sans que l'objectif professionnel de ce crédit ne soit inscrit dans le contrat était un consommateur ou un professionnel. La Cour de justice a répondu qu'il pouvait être considéré comme un consommateur « lorsque ledit contrat n'est pas lié à l'activité professionnelle de cet avocat », et a précisé « la circonstance que la créance née du même contrat est garantie par un cautionnement hypothécaire contracté par cette personne en qualité de représentant de son cabinet d'avocat et portant sur des biens destinés à l'exercice de l'activité professionnelle de ladite personne, tels qu'un immeuble appartenant à ce cabinet, n'est pas pertinente à cet égard » : CJUE, 4^e ch., 3 sept. 2015, aff. C-

raisonnement se rapproche ici de celui utilisé pour juger qu'il importe peu que l'activité professionnelle ne soit pas exercée à titre principale, la personne dispose de la qualité de professionnel du moment que l'activité litigieuse, fût-elle accessoire, se rattache à l'activité principale⁴⁵⁹. C'est pourquoi, sur le plan national, il semble difficile de transposer en l'état la jurisprudence de la Cour de justice puisque la nouvelle définition ne procède à aucune distinction : dès l'instant que l'acte touche à l'activité professionnelle, la qualité de consommateur apparaît automatiquement exclue⁴⁶⁰.

112. - **Indifférence de la profession exercée et exclusion du but lucratif ?**

S'agissant de la définition du professionnel, il a été précédemment observé que l'article liminaire du Code de la consommation énumérait un certain nombre d'activités⁴⁶¹. Toutefois, il n'est pas clairement caractérisé que les activités non listées soient de fait exclues de cette définition. En ce sens, il convient d'estimer avec Monsieur NOBLOT que : « *Dans les rapports entre consommateurs contractants et professionnels contractants, toutes les professions se fondent en une seule qualité qui les transcende : « le professionnel »* »⁴⁶². Si la nature de l'activité exercée, sans être totalement indifférente, ne semble pas constituer une préoccupation déterminante, son caractère lucratif ou non n'est pas sans poser certaines questions.

Le fait d'agir sans but lucratif est-il susceptible de remettre en cause la qualité de professionnel d'un contractant ? Au regard de la nouvelle définition du professionnel, la réponse n'est pas évidente. Au niveau européen, la CJUE détermine la qualité de professionnel en fonction de l'exercice ou non d'une activité rémunérée⁴⁶³. Par ailleurs, la jurisprudence concernant les associations constitue un exemple des difficultés pouvant se présenter. En la matière, il est bien souvent délicat de dégager une quelconque règle de principe, tant les activités pratiquées par les associations sont diverses, tout comme leurs

110/14, *Horatiu Ovidiu Costea c/ SC Volksbank România SA* : JurisData n° 2015-020959 ; CCC, n° 1, janv. 2016, comm. 21, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX.

⁴⁵⁹ V. par ex., Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910 : JurisData n° 2009-049063 ; CCC, n° 10, 2009, comm. 255, note G. RAYMOND.

⁴⁶⁰ La définition précise bien en effet : « *toute personne [...] qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité* ». (Personnellement et volontairement souligné). Pour une opinion en ce sens : G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, JCl. préc., spéc. n° 29.

⁴⁶¹ V. *supra* n° 107.

⁴⁶² C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, *op. cit.*, n° 418, p. 214.

⁴⁶³ CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-59/12, préc. Les juges précisent ainsi : « *il ressort d'emblée de la rédaction de l'article 2, sous b), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales que le législateur de l'Union a consacré une conception particulièrement large de la notion de « professionnel », laquelle vise « toute personne physique ou morale » dès lors qu'elle exerce une activité rémunérée* ». (Personnellement et volontairement souligné).

moyens ou leurs modes de fonctionnement, sans évoquer leurs caractéristiques particulières ou encore l'influence qu'il leur est possible d'exercer : « *Il faut, à notre avis, élargir la notion à certaines activités qui, tout en ayant un caractère habituel et organisé, n'ont pas pour but de réaliser un bénéfice : notamment les coopératives, les mutuelles, voire certaines associations qui fournissent des biens ou des services. Ces organismes sont, dans leurs relations avec leurs clients consommateurs, dans une position de force qui justifie, nous semble-t-il, l'application du droit de la consommation. C'est la raison pour laquelle nous n'avons pas intégré le but lucratif dans la définition du professionnel* »⁴⁶⁴. Ces explications rappellent la jurisprudence relative à la Société Protectrice des Animaux (SPA) admettant que c'est en raison du caractère gratuit du contrat relatif au don de chiens qu'il convient d'exclure la qualité de professionnel de l'association⁴⁶⁵. En considération de ces décisions jurisprudentielles, il est d'ores et déjà possible de soumettre une remarque. À procéder de la sorte, n'existe-t-il pas un risque de faire profiter certaines personnes morales⁴⁶⁶, certes parfois sans profession, du droit de la consommation en leur refusant la qualité de professionnel, alors même que, compte tenu des circonstances, elles pourraient être appréhendées comme des parties fortes⁴⁶⁷ et qu'à l'inverse, certaines personnes susceptibles de se retrouver en difficulté en seront exclues par définition car qualifiées de professionnelles⁴⁶⁸. Le Professeur TISSEYRE s'interrogeait ainsi sur le fait que certaines personnes morales sans profession profitent de la protection du droit de la consommation alors même que « *certaines d'entre elles peuvent bénéficier de connaissances dans le secteur dans lequel elles interviennent, tout comme elles peuvent aussi être économiquement plus « fortes » que des sociétés commerciales qui seraient, par exemple, de petites tailles* »⁴⁶⁹. Dès lors, le petit professionnel

⁴⁶⁴ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 2015, Précis Dalloz, n° 4

⁴⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 : *D. actu.*, 22 juin 2016, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.*, 2016, p. 2086, obs. V. BREMOND ; *AJ Contrat*, 2016, p. 436, obs. Y. PICOD ; *JCP G.*, n° 36, 2016, 924, note G. PAISANT ; *JCP E.*, 2016, n° 29, 1419, note R. LOIR ; *CCC*, 2016, n° 8-9, comm. 201, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *LPA*, 20 oct. 2016, n° 210, p. 10, note C. BOUIX ; *Gaz. Pal.*, 13 sept. 2016, n° 31, p. 26, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RDC*, 2017, p. 109, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP G.*, n° 47, 2016, doct. 1257, n° 2, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Lexbase Hebdo*, éd. Affaires, n° 471, 23 juin 2016, note F. JULIENNE.

⁴⁶⁶ En l'occurrence, s'agissant de la SPA, une association.

⁴⁶⁷ Alors que la SPA peut être considérée comme un professionnel ou un non-professionnel selon les situations et au vu de la jurisprudence évoquée, il y a lieu d'observer que selon le rapport d'activité pour l'année 2018, son effectif au 31 déc. 2018 était de 663 salariés, et le total des produits/ressources s'élevait à 69.169.802,00 euros, *Rapport d'activité 2018 de la SPA*, spéc. p. 66 et p. 73, ce qui en fait une association de taille relativement importante. Rapport disponible sur le site Internet de la SPA et à l'adresse suivante : <https://www.la-spa.fr/nos-comptes-et-chiffres-cles>.

⁴⁶⁸ En ce sens, S. TISSEYRE, « L'extension normative du droit de la consommation », in *Dossier « À qui profite le droit ? »*, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, La Revue, Centre Michel de L'Hospital, n° 11, juin 2017, p. 66 et s.

⁴⁶⁹ S. TISSEYRE, art. préc., spéc. p. 70.

semble se dégager d'une telle approche, et il conviendra d'en tirer les conséquences. La question du rapport entre la qualité de professionnel et l'association mérite donc d'être approfondie.

113. - **Professionnel et association.** Le rapport entre la qualification de professionnel et le milieu associatif est très discuté. Une association peut-elle être considérée comme un professionnel ? Le statut d'association ne semble pas, en lui-même, exclure cette qualité. En effet, il est admis qu'une association puisse poursuivre une activité économique ou professionnelle⁴⁷⁰. Aussi, ce sont les statuts de l'association qui vont permettre de déterminer son objet et donc la nature de son activité. En outre, l'existence de l'activité professionnelle exercée ou non par l'association pourra être déterminée par le caractère habituel de l'activité, ainsi que la contrepartie tirée de celle-ci. Qualifier une association de professionnel demeure, à cet égard, difficile et la distinguer ainsi donne, par conséquent, lieu à de nombreuses discussions. La Cour de cassation a ainsi considéré qu'une association gérant une maison de retraite était un professionnel relevant de la législation des clauses abusives⁴⁷¹. L'affaire portait sur l'appréciation des clauses insérées dans un contrat proposé par un établissement hébergeant des personnes âgées, notamment s'agissant de la clause relative à la restitution du dépôt de garantie au résidant, et pour laquelle une action collective en suppression des clauses avait été intentée par l'association de consommateurs « UFC Que choisir » de l'Isère.

Par ailleurs, la Cour de cassation a jugé que la SPA, qui est une association loi 1901, n'a pas la qualité de professionnel lorsqu'elle procède au don de chiens puisqu'elle « agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, de sorte qu'elle n'a pas la qualité de professionnel au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation [nouvel article L. 212-1 du Code de la consommation] »⁴⁷². *A contrario*, cela signifie qu'elle pourrait disposer de cette qualité quand elle exerce une autre activité, par exemple, dans un but lucratif. À cet égard, il est intéressant d'observer la décision prise par la juridiction de proximité en l'espèce, qui avait admis que la SPA était un professionnel dès l'instant que les contrats litigieux étaient en lien avec son objet social qui a en partie pour but d'améliorer le sort des animaux et de leur accorder assistance, par tous les moyens qui sont en son pouvoir. Cependant, les hauts magistrats ont vraisemblablement retenu l'absence de caractère lucratif de l'activité en cause, c'est-à-dire le

⁴⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 23 mars 1999, n° 97-11.392 : JurisData n° 1999-001242 ; *Bull. civ. I*, n° 106.

⁴⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.621 : *D.*, 2017, pan., p. 548, obs. E. POILLOT ; *JCP G.*, 2016, n° 50, p. 1351, note G. PAISANT ; *CCC*, 2017, n° 1, comm. 22, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *RJDA*, 2017, n° 208.

⁴⁷² Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236, préc.

don de chiens, et ont considéré de ce fait qu'elle n'entraîne pas dans un cadre professionnel. La décision rendue par la Cour de cassation conduit à s'interroger sur les risques encourus pour la sécurité juridique dans cette hypothèse. En définitive, une association ne semble pas, par principe, être exclue de la catégorie de professionnel. Aussi, l'appréciation du nouveau critère lié à l'activité exercée par le professionnel conduit à faire du cas par cas en fonction de l'acte conclu et du cadre de l'activité concernée, s'agissant notamment de son caractère lucratif ou non. Il est alors permis de penser qu'un certain flou apparaît au travers de cette nouvelle approche notionnelle, sans garantie de stabilité, ni de sécurité.

114. - **Une notion fonctionnelle appelée à évoluer : le professionnel en droit du numérique et l'hypothèse des opérateurs de plateformes en ligne.** La notion de professionnel a aussi donné lieu à des interrogations en matière de « E-commerce », notamment dans le cadre des offres émises sur les places de marchés électroniques. La question est importante en ce domaine puisque le Code de la consommation contraint l'opérateur d'une plateforme en ligne à délivrer au consommateur « *une information loyale, claire et transparente sur : [...] La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels* »⁴⁷³. De plus, étant donné le nombre conséquent d'offres régulièrement publiées par des particuliers, la jurisprudence a été amenée à déterminer la qualité de professionnel ou non de l'auteur d'une offre.

D'emblée, il convient d'être vigilant s'agissant de la situation des opérateurs de plateformes en ligne, et d'avoir à l'esprit l'avertissement suivant : « *Les nouvelles méthodes de commercialisation feront sans doute évoluer le droit de la consommation qui, jusqu'à présent, se fonde sur la distinction du professionnel et du consommateur, lequel doit être protégé face à la supériorité économique et technique de son co-contractant. En effet, les frontières habituelles entre consommateur et professionnel pourraient être remises en cause avec l'économie collaborative* »⁴⁷⁴. Les nouvelles plateformes d'intermédiation dite « collaboratives » permettent la mise en relation des contractants professionnels ou consommateurs afin qu'une transaction soit conclue, celle-ci pouvant intervenir aussi bien entre un professionnel et un consommateur, entre professionnels ou entre consommateurs. La

⁴⁷³ C. consom. art. L. 111-7, II, 3°.

⁴⁷⁴ *AJ Contrat*, 2018, somm., p. 534.

difficulté réside donc dans le fait qu'elles rapprochent des personnes « *sans que leur qualité, professionnel ou non professionnel, soit nécessairement connue des contractants* »⁴⁷⁵.

Pour le droit français, « *est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne* »⁴⁷⁶. Cette rédaction pose toutefois question s'agissant du caractère rémunéré de l'activité professionnelle tel que considéré par la jurisprudence européenne⁴⁷⁷. La CJUE est d'ailleurs venue apporter des éléments de réponse à propos de ces plateformes, à l'occasion d'une affaire portant sur l'application de la Directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur⁴⁷⁸. Les juges européens ont ainsi estimé « *qu'une personne physique, qui publie sur un site Internet, simultanément, un certain nombre d'annonces offrant à la vente des biens neufs et d'occasion, [...], ne saurait être qualifiée de « professionnel » et une telle activité ne saurait constituer une « pratique commerciale » que si cette personne agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Par conséquent, la qualification de professionnel est délicate dès l'instant que la question de l'existence même d'une activité professionnelle se pose. Ici, « *les pistes se brouillent* »⁴⁷⁹. À l'évidence, des difficultés demeurent pour qualifier le professionnel⁴⁸⁰, ce malgré la définition insérée à l'article liminaire du Code de la consommation dont la formule procédant par opposition au consommateur et par l'énumération de plusieurs types d'activités professionnelles semble montrer ses limites. De ce fait, la nécessité de se référer au contexte et aux circonstances de l'espèce⁴⁸¹, ainsi que de

⁴⁷⁵ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAU, et L. USUNIER, *op. cit.*, spéc. n° 215, p. 223.

⁴⁷⁶ C. consom., art. L. 111-7, I.

⁴⁷⁷ V. *supra* n° 112.

⁴⁷⁸ CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova*, préc. Pour une approche générale de cette difficulté, v. not. : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAU, et L. USUNIER, *op. cit.*, spéc. n° 217, p. 225. Aussi, il est préconisé de tenir compte de la recommandation de la Commission des clauses abusives qui indique « *que de nombreux contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient des clauses affirmant que les services proposés sont gratuits ; que ces clauses laissent croire à l'utilisateur consommateur ou non-professionnel que le service est dépourvu de toute contrepartie de sa part, alors que, si toute contrepartie monétaire à sa charge est exclue, les données, informations et contenus qu'il dépose [...], constituent une contrepartie qui s'analyse en une rémunération ou un prix* » (Recommandation CCA n° 14-02 du 7 nov. 2014, Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux, n° 14).

⁴⁷⁹ V. LEGRAND, « La notion de professionnel à l'épreuve des plateformes collaboratives », *AJ Contrat*, 2018, p. 534, obs. préc. sous CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17.

⁴⁸⁰ En l'occurrence, lorsqu'il s'agit d'un contractant en ligne.

⁴⁸¹ Aussi, Madame LEGRAND relève qu'« *un apparent consommateur peut se voir qualifier de professionnel en fonction de l'analyse de ses activités dans un certain contexte* » : V. LEGRAND, « La notion de professionnel à l'épreuve des plateformes collaboratives », obs. préc.

se fonder sur « *un faisceau d'indices* » n'apporte pas la clarté souhaitée et « *montre la limite de la définition du professionnel* »⁴⁸².

115. - **Distinction, interrogation et ouverture.** Désormais, la finalité de l'acte professionnel en cause constitue le critère matériel permettant de déterminer si le contractant est un consommateur ou un non-professionnel pouvant dès lors bénéficier du Code de la consommation, ou un professionnel par principe exclu de son champ d'application. Au regard de ce qui précède et des difficultés rencontrées, doit-il s'agir d'un critère unique ? Il conviendra d'en approfondir l'appréciation pour déterminer les possibilités offertes au petit professionnel d'intégrer le champ protecteur du Code de la consommation. Ce critère apparaît, en effet, très général, et donc source d'appréciations et d'interprétations diverses de sorte que « *l'identification du professionnel [...] se révèle parfois épineuse* »⁴⁸³. Se posera également la question de savoir si cette définition tend à se généraliser et à s'adapter à l'ensemble des branches du droit susceptibles d'utiliser la notion de professionnel⁴⁸⁴.

La réalité de l'existence des petits professionnels ne pouvant être niée, il est indispensable de tenir compte de la situation de chacun. En effet, ils ne sont « *pas des professionnels comme les autres* »⁴⁸⁵ et leur statut justifie d'appréhender leur spécificité, en particulier pour leur qualité de partie faible⁴⁸⁶. D'ailleurs, la jurisprudence ne craint pas à certains moments d'étendre la protection du consommateur au professionnel⁴⁸⁷ ce qui autorise à penser que le petit professionnel puisse ne pas être assimilé au professionnel de manière générale.

116. - **Indifférence de la taille et absence d'assimilation du petit professionnel au professionnel.** Une fois de plus, il ressort de l'analyse que le petit professionnel, s'il semble s'insérer dans la catégorie générale de professionnel, n'est pas réductible à celle-ci et n'est pas précisément pris en compte. En effet, lorsque le regard se pose sur sa situation, il est incontestable que celui-ci n'est pas clairement distingué des autres professionnels composant la catégorie. Par nature, le petit professionnel est un professionnel, mais il s'agit d'un professionnel d'un genre particulier dont l'approfondissement doit se poursuivre.

⁴⁸² V. LEGRAND, *ibid.*

⁴⁸³ V. LEGRAND, *ibid.*

⁴⁸⁴ Il s'agit à l'évidence d'une définition déterminante pour le droit de la consommation en particulier, mais également pour le droit des contrats en général.

⁴⁸⁵ D. VOINOT, « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure FRANÇOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éd., 2012, p. 565 et s., spéc. p. 573.

⁴⁸⁶ P. HABA, *Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé*, th. Paris Nanterre, 2017.

⁴⁸⁷ V. *infra* n° 174 et s.

117. - **Conclusion de la Section I.** Au regard de ce qui précède, le petit professionnel ne peut pas être assimilé au consommateur, ni au non-professionnel, ni même pleinement au professionnel, auxquels il s'oppose en dépit de certains rapprochements. Il est évident qu'il existe une proximité entre lui et les notions voisines citées, au moins dans l'état d'esprit⁴⁸⁸, ou encore de manière plus conceptuelle⁴⁸⁹. Pour autant, il n'est pas possible de le confondre avec celles-ci ; les nouvelles définitions consacrées en droit de la consommation l'excluent clairement. De surcroît, sa proximité avec la notion plus générale de professionnel est indéniable, mais elle ne saurait suffire à appréhender avec précision son originalité, aucune distinction n'apparaissant au sein même de la large catégorie de professionnel.

Aussi, « *malgré l'existence de définitions textuelles, la qualification de consommateur ou de professionnel reste un exercice difficile* »⁴⁹⁰. Bien que des précisions aient été apportées aux définitions des catégories existantes, des controverses subsistent, ce qui n'est pas de nature à offrir une prise en compte évidente du petit professionnel dont la situation demeure floue⁴⁹¹.

Monsieur LOIR remarque donc : « *Mais alors, d'où vient le problème ? En grande partie de la situation de certains professionnels qui, face à un autre professionnel, se trouvent dans une position de faiblesse similaire à celle d'un consommateur stricto sensu* »⁴⁹². Malgré l'attention qui lui est consacrée par le législateur, le petit professionnel n'est pas pris en compte par les nouvelles définitions insérées dans le Code de la consommation. En effet, celles-ci sont uniquement venues déterminer avec précision le champ d'application du droit de la consommation, le petit professionnel faisant clairement partie des invités indésirables. En conséquence, ces définitions ne semblent pas répondre à sa situation et il convient d'élargir la recherche.

118. - **Transition.** Les catégories de consommateur, de non-professionnel et de professionnel, ne sont pas les seules à entretenir une proximité apparente avec la notion de petit professionnel. Il convient désormais d'élargir le champ de vision afin d'appréhender

⁴⁸⁸ Particulièrement pour le consommateur et le non-professionnel, notions avec lesquelles le petit professionnel semble partager un souci de protection, pour sa part, en raison d'une position inférieure.

⁴⁸⁹ Surtout au regard du professionnel avec lequel le petit professionnel partage une terminologie similaire.

⁴⁹⁰ H. AUBRY, « Droit de la consommation », *D.*, 2019, pan., p. 608.

⁴⁹¹ D'autant plus que les définitions aujourd'hui consacrées ont vocation à être employées « *pour l'application* » du Code de la consommation (C. consom., art. liminaire), ce qui n'exclut pas l'existence d'autres définitions en dehors de celui-ci.

⁴⁹² R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », préc., n° 2.

d'autres catégories ou groupes plus ou moins connus du droit et dont le petit professionnel semble également se rapprocher.

Section II : Le petit professionnel et les catégories traditionnelles concurrentes

119. - **Présentation et explications.** Le petit professionnel, au même titre que le professionnel de manière générale, est souvent assimilé à d'autres catégories⁴⁹³. Le lien pouvant exister entre le petit professionnel et d'autres notions qui ne touchent pas ou ne sont pas directement cernées par la matière contractuelle a parfois été mis en exergue⁴⁹⁴. Le commerçant, juridiquement, recoupe bien une approche contractuelle puisque, selon la nature de l'acte conclu, le régime applicable sera déterminé. Il en est de même pour l'entreprise qui s'imprègne petit à petit de l'essence des relations économiques et juridiques engendrant un chevauchement des notions et de la qualification des parties au contrat.

120. - **Terminologies variables.** Parfois le vocabulaire utilisé diffère et les diverses significations se rejoignent ; ainsi, quand le petit professionnel est évoqué, il peut être question de l'activité d'une firme, d'un artisan, d'un commerce, d'un producteur ou d'un fournisseur, d'un éleveur ou d'un agriculteur, voire encore d'une entreprise, dès l'instant que la structure concernée est petite. C'est pourquoi un véritable travail terminologique s'impose.

121. - **Plan.** Retenant donc les notions les plus courantes avec lesquelles le petit professionnel est susceptible d'entretenir une certaine proximité, il convient d'appréhender les rapprochements pouvant s'opérer avec la notion de commerçant (I), puis la notion d'entreprise (II).

⁴⁹³ À cet égard, le commerçant et l'entreprise, notions à l'esprit plutôt économique se sont petit à petit imprégnées de considérations juridiques qu'il convient de mettre en parallèle particulièrement avec la situation du petit professionnel.

⁴⁹⁴ Bien souvent, le petit professionnel est confondu avec la PME. En ce sens, v. not. : *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, où les auteurs évoquent de manière relativement indifférente les notions de « professionnel », « d'entreprise », de « petit professionnel » et de « petite et moyenne entreprise ». Cependant, l'entreprise n'est pas la seule notion avec laquelle le petit professionnel semble proche. Aussi, sa proximité avec les notions de « commerçant », ou encore « d'artisan » est ainsi particulièrement intéressante et permet de mettre en évidence sa richesse.

I. Le petit professionnel et le commerçant

122. - **Rapprochement.** L'apparition de la notion de « petit professionnel » est associée de près au droit commercial. C'est, en effet, au sein de cette branche du droit qu'elle tend tout particulièrement à se développer⁴⁹⁵. Toutefois, il convient de s'interroger sur le lien entretenu entre la notion de commerçant, sur laquelle repose le droit commercial, et celle de professionnel, spécialement de petit professionnel, qui s'immisce pas à pas dans le paysage juridique contemporain. Leur proximité est indéniable. Pour autant, le petit commerce correspond-il au petit professionnel ? Le calque est-il parfait ? L'intérêt est de réfléchir aux relations que ces deux acteurs entretiennent, pour appréhender la cohérence qui peut en ressortir.

123. - **Plan.** Revenir sur la notion de commerçant (A), afin d'évaluer son degré de rapprochement avec le professionnel, particulièrement le petit professionnel (B) et d'analyser si le maintien de la distinction présente un intérêt (C) va aider à répondre à ces interrogations.

A. La notion de commerçant

124. - **Origine.** Initialement la notion de commerçant avait une signification large puisqu'elle désignait les individus qui entretenaient des relations portant sur leurs biens⁴⁹⁶, en particulier les marchands⁴⁹⁷. Ces derniers, apparus aux environs des XI^e et XII^e siècles avec l'organisation de foires et la création des villes, ont conduit à la mise en place d'une véritable économie et au bouleversement des relations, ainsi que des techniques⁴⁹⁸. Ainsi, le commerce

⁴⁹⁵ D. VOINOT, « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure FRANÇOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 565.

⁴⁹⁶ J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI, L. MERLAND, N. TAGLIARINO-VIGNAL, *Droit commercial droit interne et aspects de droit international*, 29^e éd., LGDJ, 2012, n° 3, p. 19.

⁴⁹⁷ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 1, 18^e éd., par L. VOGEL, LGDJ, 2001, préf. de G. RIPERT, p. VII ; P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t. I, coll. Corpus Droit Privé dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2005, p. 2 ; Adde C. LEBEL, *Commerçant*, Rép. com. Dalloz, 2013 maj 2017, n° 1.

⁴⁹⁸ M. VASSEUR, « L'entreprise et l'argent », *D.*, 1982, chron., p. 11. L'auteur évoque ainsi la rupture à la fois sur un plan économique et sur un plan moral engendrée par l'apparition du marchand. Il indique ainsi : « *En un temps où chacun vit de la terre qu'il cultive et qu'il défend, le marchand choisit de vivre de l'échange, sans rien produire par lui-même. De plus, il est préoccupé de gains, à une époque où l'on cherche sans plus à satisfaire ses besoins* », spéc. n° 2.

a existé bien avant la création des catégories juridiques particulières et le droit commercial a longtemps été considéré comme le droit des marchands et des banquiers⁴⁹⁹.

125. - **Définition.** L'appréciation de la notion même de commerçant et de manière plus large du domaine du droit commercial n'est pas aisée en raison des différentes conceptions qui s'opposent et du « *cercle vicieux* » qu'elles engendrent⁵⁰⁰. Le commerçant se trouve alors défini plus par la nature des actes passés que par la qualité à proprement parlé du contractant. L'article L. 121-1 du Code de commerce définit ainsi les commerçants comme « *ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* »⁵⁰¹. La qualité de commerçant est donc directement rattachée à la pratique d'une activité tendant à la conclusion d'actes de commerce⁵⁰². De plus, pour être considéré comme commerçant, cette pratique doit s'ajouter à une profession habituelle, c'est-à-dire à une répétition des actes de commerce de manière récurrente ou permanente et non de façon occasionnelle ou isolée. Dès lors le commerçant sera soumis à un régime particulier entraînant certaines conséquences comme l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

126. - **Le « petit commerce »**⁵⁰³. Historiquement, il a toujours existé une distinction entre le petit commerce, constitué des marchés, des boutiques, et le grand commerce, autour notamment des foires⁵⁰⁴. L'approche n'était pas la même entre le marché regroupant uniquement les activités au sein d'une ville et l'ouverture des marchés aux personnes extérieures, c'est-à-dire aux autres villes, puis à l'étranger. C'est la même logique avec le marché européen qui aujourd'hui rend les relations plus difficiles pour certains, voire même demeure inaccessible ou difficilement approchable pour d'autres. Les règles du droit commercial ont su s'adapter à cette situation⁵⁰⁵. En effet, si la réglementation a la vocation de

⁴⁹⁹ Pour une approche générale, v. not. : J.-L. SOURIOUX, « La vie du mot « commerce » », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 53 et s.

⁵⁰⁰ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, op. cit.*, n° 4, p. 3.

⁵⁰¹ Ainsi, c'est l'acte de commerce qui vient apporter une définition du commerçant, tout comme ce dernier vient en quelque sorte définir l'acte de commerce.

⁵⁰² Une liste légale des actes de commerce est ainsi présentée par les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce. Toutefois, cette liste doit être étendue et il est de principe d'opérer une distinction plus approfondie entre les actes de commerce par nature, les actes de commerce par la forme et les actes de commerce par accessoire.

⁵⁰³ Pour une approche générale et historique de la notion de « petit commerce » : G. PARLEANI, « Le « petit commerce » au début du XXI^e siècle », in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 621 et s.

⁵⁰⁴ V. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial, op. cit.*, n° 25 et s., p. 26 et s.

⁵⁰⁵ Même si cela est difficile, particulièrement s'agissant du changement de « *physionomie des rues de nos cités* » qui permet d'observer que « *l'indépendance du commerçant n'est plus qu'un souvenir dans de nombreux*

protéger l'intérêt général et relève d'un ordre public de direction en favorisant la rapidité des affaires, il arrive parfois de voir poindre un ordre public de protection en faveur des petits commerçants pour sécuriser les relations et prendre en compte les intérêts de ceux-ci⁵⁰⁶. C'est ainsi qu'en droit de la distribution, la notion de petit commerce a pu justifier la mise en œuvre de certaines réglementations protectrices comme l'interdiction de revente à perte⁵⁰⁷. Cette législation a en effet pour origine la protection des petits commerces, ainsi que des petits fournisseurs, contre les grands distributeurs dont les moyens leur permettaient de pratiquer des prix plus bas sur certains produits au détriment des autres acteurs économiques⁵⁰⁸. Cela peut à certains moments rendre la situation complexe. Toutefois, si le petit commerce semble détenir une place particulière et bénéficier d'une attention, il est important de faire de même en faveur des plus petits au sein de la catégorie des professionnels.

127. - **Le partenaire commercial.** Évoquée à l'ancien article L. 442-6, I, 1° et 2° du Code de commerce, la notion de partenaire commercial apparaît très restrictive par rapport à la notion plus générale de professionnel. Elle ne permet pas réellement d'élargir le champ d'application des dispositions relatives aux pratiques restrictives. D'abord, elle suppose l'existence d'échanges commerciaux directs entre les parties prétendument concernées par le déséquilibre significatif⁵⁰⁹. Dès lors que la présence d'un partenaire repose sur une relation préexistante, l'interprétation est également limitée. Aussi, lorsqu'il s'agit de s'intéresser au premier contrat conclu entre deux personnes, il a été jugé que ces dernières ne peuvent être qualifiées de partenaires l'une envers l'autre⁵¹⁰. Cette notion, étroitement interprétée, a désormais disparu des dispositions relatives aux pratiques restrictives telles qu'issues de la nouvelle ordonnance du 24 avril 2019⁵¹¹. Pour autant, elle n'est pas encore totalement effacée du paysage juridique et elle donne encore lieu à des décisions intéressantes⁵¹². C'est ainsi que

secteurs économiques » : G. PARLEANI, « Le « petit commerce » au début du XXI^e siècle », préc., spéc. n° 44, p. 642.

⁵⁰⁶ J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *mélanges P. DIDIER*, Economica, p. 84.

⁵⁰⁷ Instaurée en France par la L. de finance n° 63-628 du 2 juill. 1963 rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, *JORF* du 3 juill. 1963, p. 5915.

⁵⁰⁸ V. not. : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n° 384, p. 314.

⁵⁰⁹ En ce sens, Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-24.063 ; *D.*, 2018, p. 2326, obs. Y. PICOD ; *RTD com.*, 2018, p. 635, obs. M. CHAGNY ; *CCC*, n° 4, avr. 2018, comm. 67, obs. N. MATHEY.

⁵¹⁰ CA Paris, 6 juill. 2018, n° 17/00776 ; *D.*, 2019, pan., p. 786, obs. N. FERRIER.

⁵¹¹ Ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF* n° 0097 du 25 avr. 2019, texte n° 16.

⁵¹² L'article L. 442-1, 1° et 2° du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avr. 2019 demeure en effet applicable à certaines situations.

la Cour de cassation a récemment jugé, en adoptant une approche plus large de la notion en matière de déséquilibre significatif, considérant que le partenaire commercial est « *la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale* »⁵¹³. Cette solution laisse entendre que des opérations même ponctuelles et à durée limitée, comme cela avait été relevé par la Cour d'appel, n'excluent pas la qualification de partenaire commercial des parties.

128. - **Étendue de la notion de commerçant.** À la différence de la notion de professionnel, celle de commerçant n'englobe que certaines professions. En effet, le droit commercial n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des activités économiques existantes. De même, le statut de commerçant s'inscrit dans le cadre général de la « commercialité »⁵¹⁴, le but de l'activité étant clairement économique puisque régi par la spéculation. Il ne doit donc pas se confondre avec l'artisan dont la pratique ne réside pas dans la conclusion d'actes de commerce⁵¹⁵, ni uniquement dans l'échange de marchandises, mais plutôt dans la fourniture d'une main d'œuvre, et ce même s'il exerce aussi une profession habituelle. Pour l'artisan, la spéculation est alors d'un autre ordre⁵¹⁶. La plupart du temps le commerçant propose un bien tandis que l'artisan offre un service.

Par ailleurs, il convient d'évoquer les producteurs agricoles qui représentent en grande partie l'exemple type des « petits professionnels »⁵¹⁷ et qui bénéficient, à côté du commerçant et en plus de certaines dispositions du Code de commerce, d'une réglementation particulière de leur activité contractuelle⁵¹⁸. À cet égard, des mécanismes de protection ont été adaptés pour servir au producteur qui vend ses produits. Par exemple, il est désormais prévu que la

⁵¹³ Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512 ; D., 2010, p. 148.

⁵¹⁴ C'est-à-dire de la qualité de ce qui est régi par le droit commercial et qui confère un caractère commercial à un acte ou à une personne. Cependant, si cette notion permet une identification du commerçant, elle a fait l'objet de critiques. Monsieur BERT relève ainsi qu'il s'agit d'une « *notion sans critère* » et prône en conséquence son dépassement par la notion de « professionnalité » : D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, op. cit., spéc. n° 60, p. 44 et n° 164, p. 101.

⁵¹⁵ Sauf exceptionnellement par la fourniture de matériaux, comme par ex. des éléments sanitaires pour un plombier.

⁵¹⁶ Si « *l'opposition n'est pas radicale, sur le plan juridique, entre le commerçant et l'artisan pour qui l'entreprise constitue un point de rencontre* », il convient de préciser que « *l'artisan relève d'un statut juridique singulier quant à son statut professionnel et du droit civil quant à son activité* », étant rappelé que l'artisan « *s'entend du travailleur indépendant dont les gains proviennent essentiellement du produit du travail personnel et qui ne spéculé ni sur les marchandises, ni sur la main d'œuvre* » : A. BOUJEKA, *Synthèse – Commerçants et artisans*, JCl. Entreprise individuelle, 17 juill. 2019, Synth. 20, actualisé par S. MAOUCHE, spéc. n° 2.

⁵¹⁷ Il suffit de rappeler ici qu'en 2017, 19% des non-salariés du secteur agricole ont déclaré un revenu nul ou déficitaire : Rapport « INSEE Première » sur les revenus d'activité des non-salariés en 2017, n° 1781, nov. 2019.

⁵¹⁸ Le Code rural et de la pêche maritime réserve ainsi un pan spécifique au « régime contractuel en agriculture » dans le Chapitre 1^{er} du Titre III du Livre VI (C. rur., art. L. 631-1 et s.). Sur ce phénomène de « contractualisation » des relations commerciales agricoles : F. BUY, « Réforme du droit des relations commerciales agricoles : la « contractualisation », acte 2, *AJ Contrat*, 2018, p. 504.

négociation soit basée sur la proposition réalisée par le producteur et non sur une offre préalable de son partenaire présumé en situation de force⁵¹⁹. Ainsi donc, l'attention réservée par le législateur aux relations commerciales agricoles est ici différente de celle accordée de manière générale au commerçant et profite de toute évidence à certains petits professionnels.

En définitive, il y a lieu de relever une certaine ouverture de la notion de commerçant à de nombreux secteurs d'activité. De plus en plus de personnes sont susceptibles de profiter de cette qualité, ce qui se caractérise, par exemple, au travers de l'hypothèse de l'ouverture du bail commercial à d'autres catégories de contractants⁵²⁰. En cas de litige, la discussion est donc ouverte sur le régime applicable. Les dispositions protectrices qui existent en matière de bail commercial n'ont pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des baux professionnels. Pour autant, certaines assimilations ont pu s'opérer en pratique⁵²¹. Si les régimes n'ont pas fait l'objet d'une « fusion » totale, certains rapprochements visant à soumettre des baux au statut du bail commercial ont pu apparaître et le simple fait que le débat existe démontre qu'une ouverture pour un rapprochement est envisageable⁵²².

B. Le rapprochement des notions

129. - **Proximité d'objet et finalités des actes.** Le droit commercial est de plus en plus perçu comme une branche du droit des affaires. Le Doyen RIPERT présentait déjà une forme de renaissance du droit commercial « *comme un droit professionnel* »⁵²³. Pour autant l'assimilation est-elle totale ? Plus récemment, Monsieur PAILLUSSEAU s'est interrogé sur

⁵¹⁹ C. rur., art. L.631-24, II, qui prévoit que « *la conclusion d'un contrat de vente écrit relatif à la cession à leur premier acheteur de produits agricoles [...] est précédé d'une proposition du producteur agricole* » (al. 1^{er}), étant précisé que « *la proposition de contrat ou d'accord-cadre écrit est le socle unique de la négociation au sens de l'article L. 441-1 du code de commerce* » (al. 2).

⁵²⁰ S'agissant précisément de l'utilisation du régime du bail commercial par les baux professionnels, v. not. : C. BRIEND, *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, th. Paris, 2015, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, n° 283, p. 149.

⁵²¹ J. MONEGER, « Réforme des baux commerciaux : vers une réforme consensuelle *a minima* », *RTD com.*, 2005, p. 253.

⁵²² En ce sens, il est intéressant de relever que la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle a élargi le corps électoral des juges consulaires aux artisans : L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n° 0269 du 19 nov. 2016, texte n° 1, art. 94 et art. 95. Sur ce point, v. not. : J. VALLANSAN, « Modifications du statut des juges consulaires », *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2016, comm. 168, l'auteur évoquant « l'assimilation » des artisans aux commerçants. À cet égard, l'art. L. 721-3 du C. com, dans sa rédaction à venir au 1^{er} janv. 2022 dispose : « *Les tribunaux de commerce connaissent : 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre artisans, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux* ». (Personnellement et volontairement souligné).

⁵²³ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, op. cit., préf. de G. RIPERT, p. VIII. Cette idée est à rapprocher du débat autour « *du droit professionnel des commerçants* » évoqué en introduction de leur ouvrage par les Professeurs Paul et Philippe DIDIER : P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, op. cit., n° 4, p. 6.

le devenir du droit commercial⁵²⁴, surtout au regard de l'avenir de la notion d'entreprise avec les récentes réformes intervenues notamment en Belgique⁵²⁵.

130. - **Le commerçant : un professionnel ?** De manière générale, le commerçant est considéré comme une catégorie de professionnels, tout en faisant partie de cette notion⁵²⁶. Si tous les commerçants semblent être des professionnels, tous les professionnels ne peuvent être assimilés, ni réduits à la notion de commerçant⁵²⁷. En ce sens, « *la qualité de professionnel [...] fait ainsi très nettement abstraction du clivage traditionnel entre le droit civil et le droit commercial* »⁵²⁸, et elle a pour vocation à transcender le cadre limité des commerçants.

131. - **Extension du domaine commercial.** La notion de commerçant et de manière plus générale les activités commerciales ont connu un véritable élargissement spécialement avec l'apparition des sociétés commerciales dont la qualité ne dépend plus seulement que de leur objet, mais également de leur forme. De plus, la notion de commerçant englobe désormais celle d'industriel. De nombreux secteurs ont connu un essor engendrant par conséquent une extension du domaine commercial⁵²⁹. La question d'entrer dans cet ensemble pour les activités non-commerciales s'est également posée. Dans certains cas, l'attribution de la qualité de commerçant à des personnes n'exerçant pas une activité commerciale a conduit à envisager un rapprochement des notions : qu'il s'agisse d'un recoupement avec l'artisan⁵³⁰, ou encore avec certaines professions libérales⁵³¹.

⁵²⁴ J. PAILLUSSEAU, « Le droit commercial va-t-il disparaître ? », *D.*, 2019, édito, p. 2129.

⁵²⁵ V. not. en Belgique la loi du 15 avr. 2018 avec la suppression du droit commercial au profit du « Code de droit économique » quelle que soit la forme d'exercice de l'activité traitée par l'acteur économique.

⁵²⁶ J. CALAIS-AULOY (dir.), *Vers un nouveau droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 12.

⁵²⁷ Un auteur a ainsi pu estimer que « *le commerçant est pour ainsi dire absorbé par la qualité de professionnel* » : J.-P. MARTY, « La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine », *RTD com.*, 1981, p. 697.

⁵²⁸ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, *op. cit.*, n° 418, p. 214.

⁵²⁹ Par ex., le secteur de l'alimentaire, du bricolage, de la vente de vêtements, ou encore le secteur bancaire : J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *préc.*, spéc. p. 84 et 85.

⁵³⁰ Ainsi, en cas de cession de bail commercial, le défaut d'inscription du cessionnaire au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ne rend pas celle-ci irrégulière, ne s'agissant pas d'une condition d'acquisition, « *l'activité d'artisan étant assimilée à celle de commerçant en vertu de l'article 1^{er} du décret du 30 septembre 1953* » : J. LAFOND, *Bail commercial.- Cession du bail. – Vérifications préalables*, JCl. Notarial, fasc. 280, 3 avr. 2013, (m.a.j. 7 déc. 2017), spéc. n° 41, l'auteur faisant état d'une jurisprudence de la Cour d'appel de Versailles : CA Versailles, 12^e ch., 28 avr. 1994. Aussi, comme précisé, un artisan plombier qui est amené à vendre du matériel, tels des robinets ou des lavabos, peut sous certains aspects se rapprocher du commerçant. Il en est de même de l'agriculteur qui décide de vendre sa production en direct.

⁵³¹ V. par ex., le cas de « *la « libéralisation » des activités commerciales* » évoqué par Monsieur BERT reprenant l'exemple du pharmacien d'officine qui, tout en exerçant une activité commerciale, est présenté comme un libéral de santé : D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, *op. cit.*, spéc. n° 148 et s., p. 90 et s.

132. - « **Dilution ?** » Depuis plusieurs années, la question du « mélange » de la notion de commerçant au sein de la notion plus large de professionnel a fait débat⁵³², en particulier sous l'impulsion du développement du droit des affaires et du droit de l'entreprise dont la vocation est plus large⁵³³. D'une « simple » dilution, l'objectif serait alors d'opérer un remplacement de la notion de commerçant par celle de professionnel⁵³⁴. Cependant, chaque catégorie de professionnels a conservé ses propres règles de sorte que le commerçant demeure. Malgré l'incorporation annoncée, « *la notion de commerçant résiste à sa dilution dans celle de professionnel* »⁵³⁵.

133. - **Rapprochement sans confusion ou recoupement des notions.** Pour autant le rapprochement des notions ne conduit pas à une confusion des notions. En ce sens, la distinction opérée dans de nombreuses directives européennes, notamment entre activité commerciale et activité professionnelle, est évocatrice⁵³⁶ et confirme que si le commerçant est classiquement considéré comme un professionnel, tous les professionnels n'apparaissent pas comme des commerçants⁵³⁷, ce qui permet de classer ces derniers dans une catégorie spécifique de professionnels. De ce fait, si le petit professionnel est lié et tend à appréhender dans une certaine mesure le petit commerce⁵³⁸, les notions demeurent distinctes.

C. L'intérêt du maintien de la distinction

134. - **Explications.** Compte tenu de l'analyse effectuée, il est légitime de s'interroger sur le maintien de distinction entre le commerçant et le professionnel. En effet, se

⁵³² En ce sens, J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », préc., p. 81 et s. L'auteur rappelle notamment que dès le Moyen-Âge « *les commerçants sont des professionnels, mais il existe évidemment [...] d'autres professionnels* », préc., p. 82.

⁵³³ À cela s'ajoutent les mutations subies par le « commerçant » dont « *la fonction d'intermédiation [...] s'atténue* » au profit d'une forme d'intégration puisque les fabricants traitent de plus en plus directement avec le consommateur : G. PARLEANI, « Le « petit commerce » au début du XXI^e siècle », préc., spéc. n° 3 et 4, p. 622.

⁵³⁴ J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », préc., p. 89.

⁵³⁵ J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », préc., p. 82.

⁵³⁶ À titre d'exemple, voir la directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 04 févr. 2014, sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, JOUE du 28 févr. 2014 L 60/34, dont le point 12 indique que « *la définition du terme « consommateur » devrait englober les personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale ou professionnelle* ».

⁵³⁷ V. *supra* n° 130.

⁵³⁸ P. HABA, *Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé*, th. préc., n° 85, p. 67.

pose la question de la multiplication des notions tendant à signifier des objets proches voire similaires. Ainsi, le développement actuel du droit de la consommation conduisant à une opposition transcendée entre professionnels et consommateurs semble favoriser la consécration de la notion de professionnel au détriment de celle de commerçant qui apparaît en recul. Il demeure néanmoins de nombreuses règles spéciales relatives au commerçant et le Code de commerce est là pour en témoigner⁵³⁹.

135. - **Intérêt de la notion de commerçant.** Finalement, la notion de commerçant semble tout simplement désigner une catégorie spécifique de professionnels⁵⁴⁰. L'activité commerciale tend, en particulier, à la circulation des richesses et ne permet pas d'englober l'ensemble des activités professionnelles, comme celle d'agriculteur, de producteur, d'artisan ou encore de profession libérale. Il faut cependant reconnaître que les commerçants et plus généralement les contrats commerciaux constituent « *une catégorie légale et non pas seulement une catégorie descriptive* »⁵⁴¹, ceux-ci faisant l'objet d'une définition juridique, à l'inverse du petit professionnel dont l'existence n'est pas encore reconnue.

136. - **Résultat engendré par le maintien de la distinction.** Le droit commercial et plus largement le droit des affaires procèdent d'une double approche qu'il est parfois difficile d'équilibrer. Qu'il soit question de la théorie objective consistant à déterminer leur périmètre selon les actes conclus⁵⁴², ou de la théorie subjective tenant à la personne des contractants, c'est-à-dire les commerçants, il n'est pas toujours aisé d'apprécier clairement ce qui relève de ces droits ou non. À l'inverse, prendre en considération la notion plus générale de professionnel semble apporter un essentiel regain de clarté⁵⁴³. Au regard de ce qui précède, les distinctions entre les deux notions, de commerçant et de professionnel, rendent les choses plus

⁵³⁹ Le Chapitre 1^{er} du Titre II du Livre 1^{er} de la Partie législative de ce Code est exclusivement consacré à la définition et au statut du commerçant.

⁵⁴⁰ Ainsi, les relations commerciales entre professionnels constituent un pan spécifique du cadre général des relations entre professionnels. C'est pourquoi cela permet de dire de nouveau que tous les commerçants sont des professionnels, tandis que tous les professionnels ne sont pas susceptibles d'être des commerçants.

⁵⁴¹ S. WHITTAKER, « Contrats, droit des contrats et principes contractuels », in *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON, S. WHITTAKER (Dir.), SLC, vol. 29, 2018, spéc. p. 52.

⁵⁴² Selon que tel ou tel acte est conclu dans le cadre ou non de l'activité de la personne, et qu'il peut prétendre à la nature d'acte de commerce en raison soit de son caractère spéculatif, soit de son caractère répétitif.

⁵⁴³ Il en va ainsi en matière d'application des dispositions commerciales : « *le Code de commerce, qui tend de plus en plus à devenir un Code des entreprises et des activités professionnelles, qu'elles soient ou non commerciales, a vocation à regrouper les règles spécifiques aux contrats entre commerçants et plus largement entre professionnels* », L. LEVENEUR, « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 81 et s., spéc. n° 9, p. 90. (Personnellement et volontairement souligné).

difficiles à appréhender et n'apportent pas véritablement de solutions, sauf à maintenir un certain flou⁵⁴⁴. En outre, il a été relevé qu'une « *conception large du droit des affaires, entendu comme un droit des « professionnels », présente une cohérence et des avantages tels qu'elle mérite d'être approuvée* »⁵⁴⁵ et le maintien de la notion de commerçant semble remettre en cause cette approche.

137. - **Synthèse : le petit professionnel n'est pas seulement un petit commerçant.** Le professionnel de manière générale, et le petit professionnel en particulier, paraissent osciller entre le droit commercial et le droit civil. S'agissant du premier, il est difficile de déterminer son unité et d'opérer des regroupements. Quant au second, il prône l'égalité des contractants, sans autre postulat que de chercher à pallier les inégalités avec des règles parfois inadaptées dont « le fort » s'émancipe de temps à autre⁵⁴⁶. Comme précisé, le commerçant est un professionnel mais avec une connotation beaucoup plus économique. Le petit professionnel, lui, ne peut entrer de manière adéquate dans le cadre de la notion de commerçant ou de petit commerçant, sa vocation étant plus large⁵⁴⁷. Il tend ainsi à englober le petit commerce sans toutefois que celui-ci soit sa seule cible. Par ailleurs, le commerçant se distingue de l'artisan, qui demeure pourtant un professionnel en sa qualité de travailleur indépendant et d'entrepreneur. Il convient donc de se tourner vers une autre notion susceptible d'intéresser la situation du petit professionnel : l'entreprise.

II. Le petit professionnel et l'entreprise

138. - **Présentation et proximité.** Compte tenu des développements antérieurs, la notion d'entreprise apparaît comme l'élément le plus probant permettant d'opérer un rapprochement, tant le lien encouragé par le droit européen semble de plus en plus prononcé.

⁵⁴⁴ Cela se ressent, par ex., lorsqu'il s'agit d'appréhender la question du rapprochement entre le droit civil et le droit commercial, sur laquelle v. not. : L. LEVENEUR, « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire, op. cit.*, spéc. n° 4, p. 85. Adde, D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante, op. cit.*, n° 549 et s., p. 357 et s.

⁵⁴⁵ J.-B. BLAISE et J. HUET, « Commerce électronique et Code de commerce », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 423 et s., spéc. n° 4, p. 431.

⁵⁴⁶ À cet égard, la notion de petit professionnel a vocation à dépasser la distinction classiquement opérée entre le droit civil et le droit commercial, celle-ci étant d'ailleurs déjà remise en question par l'apparition de droits « généraux » comme le droit des affaires ou encore le droit du marché.

⁵⁴⁷ En effet, il faut rappeler que la notion de professionnel « *ne s'épuise [...] pas dans celle de commerçant* » : C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative, op. cit.*, n° 418, p. 214.

Elle semble même concurrencer les catégories contractuelles mises en place. Pour autant, constitue-t-elle la notion privilégiée pour appréhender le petit professionnel, afin de faire ressortir similitudes et distinctions ?

De tout évidence, un lien existe entre les notions de professionnel⁵⁴⁸ et d'entreprise⁵⁴⁹. De prime abord, cela paraît logique puisqu'un professionnel est souvent amené à gérer une entreprise. En outre, il est classiquement considéré que le petit professionnel fait partie de la catégorie des entreprises en l'occurrence des PME⁵⁵⁰. Le rapprochement des notions s'opère aussi dans la prise en considération de la taille de chacun de ces acteurs. La notion de petit professionnel et la notion de PME semblent donc recouper des hypothèses similaires. C'est pourquoi, il est important d'expliquer la faveur accordée au terme de petit professionnel, et de procéder à sa comparaison avec la PME⁵⁵¹.

139. - **Plan.** Un retour sur l'approche générale de la notion d'entreprise (A), va ensuite permettre d'approfondir une vision particulière de celle-ci, avec la prise en considération de sa taille (B).

A. Approche générale

140. - **Plan.** L'appréciation de la notion d'entreprise a d'abord existé par son aspect économique (1), avant d'intéresser les juristes qui, malgré son caractère disparate, cherchent à l'appréhender en véritable notion juridique (2).

1. Notion d'abord économique

141. - **Difficultés.** Si l'entreprise attire aujourd'hui le domaine juridique⁵⁵², elle est difficilement saisie par celui-ci. Cette problématique touche tout particulièrement les PME

⁵⁴⁸ Plus précisément ici, de petit professionnel.

⁵⁴⁹ En l'occurrence, de petite ou moyenne entreprise.

⁵⁵⁰ D. VOINOT, « Les petits professionnels », préc., p. 565 et s. L'auteur indique ainsi « *qu'au sein de la catégorie des entreprises, il y a bien aujourd'hui des petits professionnels* », spéc. p. 570.

⁵⁵¹ Dans les deux dénominations « petit professionnel » et « petite et moyenne entreprise », le même adjectif « petit » est employé. Cela justifie d'approfondir l'étude de leur taille respective, et d'en rechercher les correspondances ou les oppositions. D'ailleurs, cette démarche justifiera en partie le choix opéré en faveur de l'une ou l'autre de ces notions.

⁵⁵² V. not. de manière non exhaustive : P. DURAND, « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 1947, t. III, p. 45 ; M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, préf. G.

qui, au sein même du droit, ont du mal à être appréhendées par une branche « adaptée » et « paraissent échapper au droit des échanges – au droit commercial classique – pour relever, comme agents de la production ou de la distribution, d'un droit économique »⁵⁵³. La définition de l'entreprise par le droit européen est, à cet égard, marquante en ce qu'elle se détache de la forme juridique choisie et tient essentiellement compte de l'activité économique exercée. Ainsi, aux termes de l'article 1^{er} de l'Annexe de la Recommandation du 6 mai 2003 : « Est considérée comme entreprise toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique »⁵⁵⁴.

142. - **Emprunt.** Cette notion d'entreprise a tout d'abord été perçue par les économistes⁵⁵⁵ afin d'appréhender les unités de productions marchandes désignant une création de valeur⁵⁵⁶. La notion économique de l'entreprise est ainsi connue de longue date et a fait l'objet d'une attention particulière des économistes ; elle a conduit à l'apparition de nombreuses conceptions de l'entreprise mises en exergue par les désaccords de certains auteurs⁵⁵⁷. Son emprunt à l'économie par le droit est devenu permanent. De ce fait, la notion d'entreprise a peiné et peine encore à s'inscrire dans l'ordre juridique. Cette notion semble d'ailleurs illustrer la pensée selon laquelle le juriste crée peu mais reconnaît plutôt : il subit plus les choses qu'il en est le véritable instigateur. Il doit ainsi plus s'adapter à la société que la société à lui, le phénomène social ou économique prenant dans ces conditions le dessus⁵⁵⁸.

En France, il est certain que « les notions d'entreprise, d'entrepreneur, de micro-entrepreneur, d'activité et d'activité économique ont envahi notre code de commerce »⁵⁵⁹. Le

MARTY, Avant-propos H. SOLUS, LGDJ, 1957 ; Ch. BOLZE, « La notion d'entreprise », *RJ com.*, n° spécial, Colloque de DEAUVILLE, 13 et 14 juin 1987, *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, nov. 1987, p. 65 et s. ; L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, préf. M.-D. HAGELSTEEN, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, t. 61, 2003.

⁵⁵³ G. FARJAT et B. REMICHE, « Avant-Propos », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 6.

⁵⁵⁴ Recommandation 2003/361/CE de la Commission, du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *JOUE*, n° L 124, du 20 mai 2003, p. 36-41, spéc. p. 39. L'art. 1^{er} de l'Annexe poursuit ainsi : « Sont notamment considérées comme telles les entités exerçant une activité artisanale ou d'autres activités à titre individuel ou familial, les sociétés de personnes ou les associations qui exercent régulièrement une activité économique ».

⁵⁵⁵ P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, op. cit., n° 8, p. 11.

⁵⁵⁶ Qu'il s'agisse de la production industrielle, de la transformation de produit, ou encore du commerce de marchandises.

⁵⁵⁷ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, op. cit., spéc. n° 6, p. 6.

⁵⁵⁸ V. not., J. PAILLUSSEAU, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.*, 2018, chron., p. 1395 et s., spéc. n° 6. Il est ainsi indiqué par l'auteur que l'entreprise est « une entité économique et sociale », et non « une entité juridique ».

⁵⁵⁹ J. PAILLUSSEAU, « Le droit commercial va-t-il disparaître ? », édito préc.

droit européen n'est d'ailleurs pas étranger à cette évolution surtout avec l'idée d'un Code européen des affaires et non des commerçants⁵⁶⁰. Pourtant l'utilisation de la notion de « professionnel » et plus particulièrement celle de « petit professionnel » apparaît ici pertinente dès lors que ce dernier n'est pas envisagé exclusivement dans une perspective de relations économiques entre professionnels, mais également dans une inspiration consumériste. Aussi, le Code de la consommation ne s'y est pas trompé et témoigne de cette réalité en ayant défini face au « consommateur » et au « non-professionnel », le « professionnel »⁵⁶¹, et non l'« entreprise ». En outre, l'objet de la présente étude n'est pas de se limiter à l'analyse du droit économique mais bien d'évoquer plus largement l'ensemble du droit civil. Or, la notion de professionnel est par nature une notion civiliste. De surcroît, trop raisonner en terme de droit économique au travers de la notion d'entreprise paraît risqué pour le petit professionnel. Par contre, à l'inverse, penser celui-ci plutôt que la petite entreprise permet de s'inscrire dans une démarche civiliste indispensable à l'idée de protection relevant par essence de la vocation du droit. Il est évident que le petit professionnel ne peut pas être pensé sans l'entreprise, mais un bon équilibre doit être respecté afin de rester dans la démarche élaborée, ce d'autant qu'il demeure difficile de saisir la notion même d'entreprise.

143. - **Notion protéiforme.** L'entreprise notion « *plastique* »⁵⁶², dispose ainsi de plusieurs statuts, à la fois économique, social et, sous certains aspects, juridique⁵⁶³, ce dernier apparaissant au demeurant imparfait, et très lié au droit commercial, mais pas seulement.

2. Notion de plus en plus juridique

144. - **Doutes.** Les relations du droit avec l'entreprise ont fait l'objet de nombreux débats. Plusieurs approches ont pu être proposées par les juristes, comme la célèbre « théorie institutionnelle » de l'entreprise développée par Monsieur DURAND⁵⁶⁴. Dès le milieu du XX^e siècle, Monsieur DESPAX a reconnu l'autonomie de la notion d'entreprise tout en mettant en

⁵⁶⁰ Étant rappelé que le droit européen connaît plus spécialement la notion « d'activité économique » plutôt que celle de commerçant : J. PAILLUSSEAU, *ibid.*

⁵⁶¹ C'est-à-dire celui qui est présumé compétent car agissant dans le cadre de son activité.

⁵⁶² B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean DERRUPE*, GLN Joly éditions, Litec, 1991, p. 9 et s., spéc. p. 16.

⁵⁶³ H. MIGEON, *Le Droit et l'entreprise, Encyclopédie de l'entreprise moderne*, t. 11, Entreprise Moderne d'Édition, Paris, 1966, p. 13.

⁵⁶⁴ P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, préf. G. PICHAT, t. 1, Paris, Dalloz, 1947. Monsieur DURAND a ainsi mis en évidence la communauté de travail que représente l'entreprise, ainsi que l'organisation sociale hiérarchisée qui la caractérise.

évidence le fait qu'il s'agissait « d'un sujet de droit « naissant » »⁵⁶⁵. À la fin du siècle dernier, aucune définition précise de l'entreprise n'était encore consacrée malgré les opinions en sa faveur⁵⁶⁶. De nos jours, si des avancées ont été constatées, il est toujours difficile de reconnaître la notion juridique de l'entreprise, cet acteur économique « sans véritable statut juridique »⁵⁶⁷ demeurant encore « insaisissable »⁵⁶⁸. Ainsi, l'intérêt particulier dont a bénéficié l'entreprise aux yeux des juristes n'a pas encore résolu l'intégralité des questionnements portant notamment sur sa définition, sa perception, ou encore son autonomie, ce malgré les tentatives de consécration juridique de celle-ci. Il est classiquement évoqué l'existence d'un « droit de l'entreprise », toutefois celui-ci ne semble exister qu'au travers du droit des sociétés, du droit fiscal, ou encore du droit commercial⁵⁶⁹. Il est d'ailleurs prégnant de considérer que l'entreprise relève encore pour certains, beaucoup plus du fait que du droit⁵⁷⁰. D'un point de vue strictement juridique l'entreprise est souvent perçue uniquement par le biais de la « société » qui constitue sa structure, son « habit »⁵⁷¹. De même, le terme d'entreprise est rarement considéré de manière isolée⁵⁷². C'est ainsi que l'entreprise peut désigner « tout producteur, fournisseur, ou revendeur »⁵⁷³, ou encore « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services »⁵⁷⁴. En réalité, « si le droit se réfère [...], dans des hypothèses de plus en plus nombreuses, à l'entreprise, il n'en

⁵⁶⁵ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, op. cit., n° 392, p. 414.

⁵⁶⁶ A. COURET, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ÉCONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 357. Monsieur COURET relève que « Même si les meilleurs auteurs ont prôné son avènement, la notion d'entreprise n'est pas encore une véritable notion juridique ».

⁵⁶⁷ G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », *RTD civ.*, 2002, p. 221. V. égal. : B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean DERRUPE*, op. cit., p. 9, pour qui l'entreprise « n'a pas en réalité de personnalité juridique », l'auteur précisant par la suite que les droits et obligations de l'entreprise doivent être attribués « à la personne physique ou morale qui a la qualité d'entrepreneur », spéc. p. 11.

⁵⁶⁸ D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, op. cit., spéc. n° 296, p. 197.

⁵⁶⁹ V. en ce sens : H. MIGEON, *Le Droit et l'entreprise, Encyclopédie de l'entreprise moderne*, op. cit., p. 11 et s., pour qui l'entreprise demeure « un fait, et un fait économique », spéc. p.12.

⁵⁷⁰ H. MIGEON, *ibid.* L'auteur indique que l'entreprise est perçue comme « un fait, et un fait économique » et poursuit en expliquant « qu'il n'est pas nécessaire en effet de disposer d'un système juridique pour que l'entreprise se crée », eod. loc.

⁵⁷¹ H. MIGEON, *Le Droit et l'entreprise, Encyclopédie de l'entreprise moderne*, op. cit., spéc. p. 14.

⁵⁷² C'est pourquoi, il a été justement relevé que « l'entreprise est un concept normatif qui navigue au gré du vent » : G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 69. Différemment, la notion de professionnel apparaît plus stable et plus efficace en matière contractuelle : v. *infra* n° 166.

⁵⁷³ C. com., art. L. 440-1. Le fournisseur, tout comme le distributeur, est un professionnel. Pour autant, cette dénomination ne fait apparaître aucune distinction relative à leur taille. Bien que de nombreuses recherches aient été menées sur l'infériorité de l'un par rapport à l'autre, il n'est pas certain que le fournisseur soit toujours en état de dépendance ou de « moins sachant » face à un distributeur, et inversement. C'est pourquoi, il est possible de percevoir ici l'importance d'envisager une autre dénomination pour appréhender les déséquilibres contractuels dans le cadre des relations d'affaires et entre professionnels.

⁵⁷⁴ C. com., art. L. 442-1, I. L'ancien article L. 442-6 I du Code de commerce visait quant à lui « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers ».

donne pourtant aucune définition », de sorte que cette notion « *diffère d'une loi à l'autre* »⁵⁷⁵. En conséquence, si l'entreprise peut être perçue comme une « *entité juridique autonome* »⁵⁷⁶, voire un « *sujet de droit* »⁵⁷⁷, c'est par le biais de la technique commerciale, voire sociétaire⁵⁷⁸, et non par elle-même⁵⁷⁹.

145. - **Définition juridique. Discussions et facettes multiples.** Pour autant, l'essor de la notion dans le droit civil et surtout dans le droit de la concurrence a rendu nécessaire d'envisager une définition plus précise de l'entreprise, ce d'un point de vue juridique. En l'absence de consensus, des pistes ont été explorées. En ce sens, le développement d'un véritable droit économique⁵⁸⁰, et son avènement, ont participé à ce mouvement. Plusieurs branches du droit se sont alors intéressées à son appréhension⁵⁸¹. Tout particulièrement, le droit de la concurrence fait aujourd'hui de l'entreprise son principal acteur⁵⁸². Pour l'heure, seul le droit européen semble percevoir une certaine autonomie de la notion d'entreprise. La Cour de justice a ainsi retenu la définition suivante depuis un arrêt du 23 avril 1991 : « *dans le contexte du droit de la concurrence, [...], la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »⁵⁸³. Au regard de cette définition, l'entreprise intéresse autant les

⁵⁷⁵ J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, 10^e éd., LGDJ, 2019, n° 333, p. 188 et 189.

⁵⁷⁶ M. CABRILLAC, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français », in *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées de Paris et Montpellier du 3 au 6 juin 1970, T. XXII, Dalloz, 1975, p. 152 et s., spéc. p. 154.

⁵⁷⁷ M. CABRILLAC, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français », préc. V. *contra*, J. PAILLUSSEAU, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », préc., spéc. n° 2 où l'auteur estime qu'il est acquis que « *l'entreprise n'est pas un sujet de droit* ».

⁵⁷⁸ Ainsi, « *comme l'entreprise n'a pas la personnalité juridique, il faut faire une société pour en bénéficier* », G. FARJAT, *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁷⁹ Pendant longtemps, les termes de « *commerçant* » ou de « *société commerciale* » ont ainsi permis de désigner l'entreprise, la société ne devenant que par la suite la simple forme juridique de l'entreprise, v. not., P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t. I, coll. Corpus Droit Privé dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2005, n° 224, p. 209.

⁵⁸⁰ V. not., G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, Coll. Thémis, 1971.

⁵⁸¹ Par ex. : le droit des assurances (C. assur., art. L. 310-1 qui traite des entreprises d'assurances), le droit monétaire et financier (C. mon. fin., art. L. 531-4 relatif spécialement aux entreprises d'investissement), le droit du travail (V. *Rép. trav.*, V° « *Entreprise* », L. ROZES, avr. 1991 : l'auteur dégageait trois éléments distincts de l'entreprise : « *le personnel salarié, placé sous l'autorité du chef d'entreprise et travaillant avec lui à la poursuite d'une activité commune* », spéc. n° 17), ou encore le droit de la concurrence et le droit des biens, sur lesquels v. pour une approche générale : Th. LAMARCHE, « *La notion d'entreprise* », *RTD com.*, 2006, p. 709, spéc. n° 4.

⁵⁸² Il a ainsi été relevé que l'entreprise est le « *sujet principal* » du droit de la concurrence : M. PICARD, « *Droit interne de la concurrence* », *Revue juridique de l'entreprise publique*, n° 597, avr. 2003, chron. 100062.

⁵⁸³ CJCE, 6^e ch., 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH* : Rec. CJCE, 1991, I, p. 1979 ; *RTD com.*, 1991, p. 512 et p. 524, obs. Ch. BOLZE. V. égal. : *Rép. europ.*, V° « *Entreprises communes* », janv. 2015 (actu. avr. 2016), C. GRYNFOGEL, l'auteur indique que pour la jurisprudence européenne, le critère essentiel est « *le caractère économique de l'activité concernée* », spéc. n° 11.

personnes physiques que morales, voire des entités sans personnalité juridique dès lors qu'elle exerce une activité économique. Cette notion particulièrement large de l'entreprise illustre toute la difficulté à saisir une définition unitaire de la notion d'entreprise susceptible de faire consensus⁵⁸⁴. C'est pourquoi, différentes conceptions juridiques de l'entreprise subsistent.

146. - **Conceptions diverses de l'entreprise : opposition et confusion.** Il a pu être opposé plusieurs doctrines de l'entreprise, notamment la doctrine « contractualiste de l'entreprise » ou « nœud des contrats », et celle de la « *corporate governance* » ou « conception hiérarchique »⁵⁸⁵ ; la première tend à considérer l'entreprise comme un ensemble de marchés en prenant en compte l'ensemble des partenaires qui lui sont rattachés et avec lesquels elle doit traiter, tandis que la seconde consiste à l'appréhender dans le cadre de son fonctionnement et de son organisation, s'agissant notamment du contrôle opéré par les actionnaires sur les dirigeants dans les grandes sociétés.

Également, la distinction entre la conception dite « objective » de l'entreprise et la conception dite « subjective » du professionnel a été mise en évidence. Lorsque la notion d'entreprise est appréhendée pour traiter d'une situation, il s'agit de faire prévaloir une conception « objective » fondée sur la notion d'activité économique au détriment de l'acteur contractant. À l'inverse, faire primer la notion de professionnel, c'est tenir compte des caractéristiques propres à ce contractant, c'est donc remettre la personne au premier plan, faisant ainsi prédominer une approche « subjective » de l'activité. Ainsi, le professionnel apparaît par principe comme étant une personne physique, ou une personne morale, quoi qu'il en soit un véritable sujet de droit, saisissable, et non une simple entité économique plus ou moins abstraite comme l'est encore l'entreprise sur un plan juridique.

Plus récemment, la réforme de l'EIRL⁵⁸⁶ par la loi dite « PACTE »⁵⁸⁷ a notamment pour objectif d'encourager les professionnels à adopter ce statut à l'occasion de la création de leur entreprise⁵⁸⁸. Cependant, le législateur semble à tort opérer une confusion entre l'entreprise et

⁵⁸⁴ Pour un même constat : D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, *op. cit.*, spéc. n° 298 et 299, p. 199 et s.

⁵⁸⁵ Sur les différentes conceptions et leur articulation, V. not., P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise », *in Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 849 et s, spéc. n° 5, p. 852.

⁵⁸⁶ Statut instauré par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JORF* n° 0137 du 16 juin 2010, p. 10984, texte n° 1.

⁵⁸⁷ L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n° 0119 du 23 mai 2019, texte n° 2.

⁵⁸⁸ V. not. : B. SAINTOURENS, « L'attractivité renforcée du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) à la suite de la loi « Pacte » du 22 mai 2019 (Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 7) », *RTD com.*, 2019, p. 602

la société⁵⁸⁹. Or, il est constant qu'une entreprise peut être exploitée sans société, tout comme il arrive qu'une société sans entreprise existe⁵⁹⁰. Il ne faut donc pas ici opérer de confusion mais plutôt procéder par opposition.

147. - **Absence de définition unifiée et statut de l'entreprise.** Un fait demeure toutefois certain : malgré l'absence de définition faisant consensus et les difficultés pour préciser cette notion, son emploi ne semble pas en subir les conséquences. Depuis longtemps, elle a été utilisée par les juristes⁵⁹¹. S'agissant des PME, un auteur a pu relever que même si le droit ne les définit pas⁵⁹², il s'intéresse à elles, donc cela n'influence pas réellement la prise en compte de la notion. Bien plus, des réflexions autour d'un nouveau statut de l'entreprise et de la définition de ce concept sont poursuivies, afin d'instaurer une structure juridique plus moderne au côté de la société⁵⁹³ et en vue de la construction « *d'un droit commun de l'entreprise* »⁵⁹⁴. En dépit de ces avancées, il existe une sorte de « chevauchement » de la notion d'entreprise, avec celle de commerçant, ou bien encore avec celle de professionnel. De même, ces notions doivent s'articuler avec celle encore plus générale d'activité économique, entendue comme « *les activités de production, de transformation et de distribution des biens et des services, ou de certaines de ces fonctions [...] exercées par des entreprises, dont les organisations juridiques peuvent être très variées* »⁵⁹⁵.

148. - **Transition.** Même si la notion juridique d'entreprise n'est pas encore clairement cernée⁵⁹⁶, il n'en demeure pas moins qu'elle existe et qu'elle se trouve au cœur d'une partie du droit. Ni tout à fait sujet, ni totalement objet de droit⁵⁹⁷, à l'exception du droit

⁵⁸⁹ Sur ce point, v. not. : A. COURET, « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », *Rev. soc.*, 2018, p. 639. L'auteur relève qu'il existe « *donc dans l'esprit du législateur une confusion entre société et entreprise* », en reprenant précisément l'hypothèse où l'entrepreneur exploite son activité avec le statut d'entreprise individuelle ou de société, spéc. n° 17. Rapp., pour une approche globale sur l'articulation de la société et de l'entreprise : D. SCHMIDT, « La société et l'entreprise », *D.*, 2017, p. 2380.

⁵⁹⁰ A. COURET, art. préc., spéc. n° 19.

⁵⁹¹ Le Code civil de 1804 faisait déjà référence à ce terme en son article 1780, ou encore le Code de commerce de 1807 en son article 632.

⁵⁹² A. COURET, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985, op. cit.*, spéc. p. 358. « *Le droit ne définit sans doute pas les P.M.E., mais il s'intéresse à elles* ».

⁵⁹³ D. GUEVEL, « Un nouveau statut pour l'entreprise ? », *D.*, 2018, p. 161.

⁵⁹⁴ A. COURET, « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », préc., spéc. n° 18. Jusqu'alors, l'entreprise se trouve bien souvent prise en considération par des dispositions propres à d'autres domaines tels que le droit des sociétés ou le droit du travail, et l'idée de repenser la place d'un véritable droit de l'entreprise construit autour de ce concept fait progressivement son chemin.

⁵⁹⁵ J. PAILLUSSEAU, « Le droit commercial va-t-il disparaître ? », édito préc.

⁵⁹⁶ Celle-ci demeurant d'un point de vue juridique très liée au droit du travail au travers de la collectivité des salariés placés sous l'autorité d'un patron.

⁵⁹⁷ Th. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », art. préc., spéc. n° 7 et s.

antitrust où, sans être définie avec clarté, elle prend une place toujours plus centrale, l'entreprise correspond malgré tout à une « *réalité juridique* »⁵⁹⁸ et demeure un concept à définir avec précision⁵⁹⁹. La question se pose toutefois de savoir si l'entreprise constitue un véritable sujet de droit comme peut l'être un professionnel et pourrait donc prétendre à l'être le petit professionnel⁶⁰⁰. En outre, il apparaît que celle-ci présente de multiples facettes qu'il convient d'aborder, tant leur structure et leur approche s'inscrivent particulièrement dans la recherche du petit professionnel.

B. Approche particulière relative à la taille de l'entreprise

149. - **Approche spécifique : prise en compte des statistiques.** Selon une recommandation de la Commission européenne, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005⁶⁰¹, certains critères économiques sont utilisés pour différencier les diverses entreprises et notamment les PME. Il s'agit surtout ici d'une « *notion de statistique* » pour laquelle il est « *difficile d'en tirer des conséquences particulières car les différences [entre chaque catégorie d'entreprise] sont considérables* »⁶⁰². Cependant, il est intéressant d'apprécier précisément les critères utilisés et d'appréhender les liens susceptibles d'exister avec le petit professionnel.

150. - **Parenté transcendée ou rapprochement renforcé.** Le lien de parenté existant entre la notion d'entreprise et le petit professionnel est transcendé par l'existence de définitions de l'entreprise en fonction des différentes tailles. L'entreprise n'a pas vocation à demeurer petite et celle-ci étant amenée à croître, il convient de s'intéresser aux différents degrés d'appréciation de son évolution. À ce niveau, la vigilance s'impose tout particulièrement pour être attentif à la proximité existante afin de ne pas faire de confusion entre les notions, ce qui pourrait entraîner la perte d'originalité jusqu'alors pressentie au travers de la notion de petit professionnel.

⁵⁹⁸ B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean DERRUPE, op. cit.*, p. 12. L'auteur explique ainsi : « *Bien qu'elle ne soit pas une personne juridique, l'entreprise est incontestablement prise par les diverses dispositions qui s'y réfèrent comme une entité autonome correspondant à une réalité juridique* », ce particulièrement en droit commercial et en droit de la concurrence auxquels elle ne semble pas pour autant se limiter, puisqu'elle s'étend aussi au droit des affaires, et plus largement à la branche du droit privé tout entière.

⁵⁹⁹ D. GUEVEL, « Un nouveau statut pour l'entreprise ? », préc.

⁶⁰⁰ Indéniablement, il s'agit d'une notion controversée en droit et encore en recherche de reconnaissance.

⁶⁰¹ Recommandation 2003/361/CE de la Commission, du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *JOUE*, n° L 124, du 20 mai 2003, p. 36.

⁶⁰² D. MAINGUY, « 2. La partie faible révélée par l'arbitrage A. – PME et partie faible », in *Arbitrage et partie faible – Colloque du 9 mai 2016* -, *JDI*, n° 1, janv. 2017, p. 1 et s.

151. - **Objectif.** Il est intéressant de déterminer pourquoi il ne convient pas de parler de petite entreprise, mais plutôt de petit professionnel⁶⁰³. Pour cela, il faut également justifier la raison pour laquelle le vocable de « petit professionnel » est plus lisible que celui de « petite entreprise ». De prime abord, la petite entreprise constitue plutôt une chose⁶⁰⁴, tandis que le petit professionnel désigne clairement une personne, et se trouve donc à ce titre plus légitime à être pris en compte au sein d'une catégorie spécifique de contractant. À l'inverse du professionnel, et donc du petit professionnel, il résulte de ce qui précède que l'entreprise n'apparaît pas comme un véritable sujet de droit. *A fortiori*, il est de plus en plus difficile de cerner la notion d'entreprise d'un point de vue juridique, celle-ci étant en perpétuelle évolution, et semblant plus adaptée au domaine concurrentiel qu'au domaine contractuel auquel elle ne s'adapte pas véritablement.

152. - **Importance du droit européen et critères.** Ici, l'approche européenne est véritablement essentielle⁶⁰⁵, et le droit européen dans ses projets les plus récents encourage l'insertion de ces notions particulières d'entreprise dans les droits nationaux et particulièrement en droit des contrats⁶⁰⁶. Définir les entreprises de différentes tailles nécessite indéniablement de déterminer des critères d'approche, étant précisé qu'un risque de choix arbitraire est réel⁶⁰⁷. Cela constitue donc une difficulté importante⁶⁰⁸, conduisant pendant longtemps à l'absence de définition notamment de la « petite entreprise »⁶⁰⁹. En droit français, c'est la loi de modernisation de l'économie dite « LME » qui est venue la première apporter

⁶⁰³ Les deux notions sont très proches, mais l'une est connue : la PME, tandis que l'autre : le petit professionnel, n'est pas encore définie.

⁶⁰⁴ V. not. : CNRTL, *Portail lexical*, 2012, V.° « Petit », B., 1., b. : <https://www.cnrtl.fr/definition/petit>.

⁶⁰⁵ Ainsi, « dès l'origine, l'entreprise a été au centre de la construction communautaire » : L. IDOT, « La notion d'entreprise », *Rev. soc.*, 2001, p. 191, spéc. n° 1.

⁶⁰⁶ En ce sens, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011, SEC(2011) 1165 final, COM(2011) 635 final, prévoyait en son art. 7 relatif aux parties contractantes la prise en compte de la notion de PME pour définir les professionnels concernés par les dispositions protectrices envisagées.

⁶⁰⁷ A. PAPPALARDO, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 337.

⁶⁰⁸ A. COURET, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, op. cit., spéc. p. 357, où l'auteur met en évidence le fait qu'il devient « conjonctural » de cerner les limites des qualificatifs « petite » et « moyenne » lorsqu'ils sont rattachés à la notion d'entreprise.

⁶⁰⁹ M. RAINELLI, « L'analyse économique et les P.M.E. », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 11 et s., spéc. p. 14.

un classement précis des différentes catégories d'entreprises⁶¹⁰. Plus particulièrement, l'article 51 de la loi dite « LME » distingue quatre types d'entreprise : les micro entreprises, les petites et moyennes entreprises, les entreprises de taille intermédiaire et les grandes entreprises. Pour permettre d'identifier précisément la catégorie à laquelle une entreprise appartient, un décret est venu affiner les critères de définition⁶¹¹. De ces éléments émergeront des critères permettant d'effectuer une comparaison qui fera apparaître des indications spécifiques à la catégorie de petit professionnel. Les graduations opérées en la matière devraient inspirer d'autres catégories et être notamment reprises au sein du groupe général des professionnels.

153. - **Plan.** « *La notion d'entreprise « petite » ou « moyenne » n'a de sens que par rapport à la notion d'entreprise « grande »* »⁶¹², c'est pourquoi il convient de s'intéresser successivement à chacun des degrés propres aux différentes entreprises : la très petite ou micro-entreprise (1), la petite ou moyenne entreprise (2), l'entreprise de taille intermédiaire (3), et enfin la grande entreprise (4).

1. La très petite entreprise ou micro-entreprise

154. - **Rôle et diversité.** La très petite entreprise n'est pas ignorée et des études, notamment sociologiques, lui ont été consacrées dès le début du XXI^e siècle⁶¹³. La diversité de ces petits acteurs sur le marché, tant dans l'artisanat, le commerce ou encore parmi certaines activités libérales⁶¹⁴, et la multiplicité de leur forme ont pu être mises en évidence. En dépit de leur facilité d'accès et d'une vraie flexibilité, il est indéniable que les ressources des très petites entreprises ne sont pas comparables à celles des grandes pour assurer leur existence⁶¹⁵ et leur permettre de s'épanouir aisément dans leur environnement économique⁶¹⁶. Malgré

⁶¹⁰ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181 du 05 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

⁶¹¹ Décr. n° 2008-1354 du 18 déc. 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, *JORF* n° 0296 du 20 déc. 2008, p. 19544, texte n° 11.

⁶¹² A. PAPPALARDO, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, op. cit., p. 337.

⁶¹³ V. par ex. : A. MALLARD, *Petit dans le marché. Une sociologie de la Très Petite Entreprise*, Paris, Presses des Mines, coll. Sciences sociales, 2011.

⁶¹⁴ Un aperçu des secteurs d'activité principalement concernés par les petites structures est disponible à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/micro-entreprise-auto-entreprise-activites>.

⁶¹⁵ De ce fait, leur pérennité est même parfois limitée et il a été relevé que « *cinq ans après leur immatriculation, 23 % des auto-entrepreneurs déclarés au premier semestre 2010 sont encore actifs sous ce régime* », soit moins d'un quart : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3103002?sommaire=2014041>.

⁶¹⁶ A. MALLARD, op. cit., spéc. n° 1, p. 15.

tout, le rôle social et humain de ces structures est fondamental en ce qu'elles constituent la plus grande part des entreprises qui existent⁶¹⁷. Dès lors, leur définition s'impose.

155. - **Définition.** Concrètement, selon l'article 2 de l'Annexe de la Recommandation du 6 mai 2003⁶¹⁸, les micro-entreprises comprennent les entreprises employant moins de 10 salariés et dont le chiffre d'affaires annuel ou le bilan n'excède pas 2 millions d'euros. Ces critères ont ainsi été repris par l'article 3 du décret du 18 décembre 2008 qui dispose : « *la catégorie des microentreprises est constituée des entreprises qui : - d'une part occupent moins de 10 personnes ; - d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excédant pas 2 millions d'euros* ». Inspirée de cette recommandation, la définition reprise par le droit français est donc identique⁶¹⁹.

2. La petite ou moyenne entreprise

156. - **Utilité reconnue.** L'utilité des PME « paraît de l'« essence » même des économies industrielles concurrentielles »⁶²⁰, sans que leurs conditions d'existence ne soient réellement évoquées et prises en compte par le droit, ni traitées dans la fonction économique du petit professionnel. Elles peuvent néanmoins bénéficier d'une attention particulière, « *une place et un statut spécifique* » leur étant reconnus⁶²¹. Il s'agit ici de tenir compte de l'activité générée par ces entreprises, ce qui permet de conduire une politique économique en se basant sur ces critères précis relatifs à la spécificité de chacun.

157. - **Microcosme.** Le droit européen a été un précurseur s'agissant de la prise en compte des petites entreprises dont l'importance n'est pas ignorée. Ainsi, une Charte européenne en faveur des petites entreprises a été mise en place⁶²². En février 2016, la

⁶¹⁷ A. MALLARD, *ibid.*

⁶¹⁸ Recommandation 2003/361/CE de la Commission, du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, préc., *JOUE*, n° L 124, du 20 mai 2003, spéc. p. 39.

⁶¹⁹ Décr. n° 2008-1354 du 18 déc. 2008, préc.

⁶²⁰ G. FARJAT et B. REMICHE, « Avant-Propos », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 6.

⁶²¹ B. CUBERTAFOND, « Les P.M.E., leurs images et le droit », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, spéc. p. 120.

⁶²² Charte européenne des petites entreprises, du 13 juin 2000, Annexe III des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Santa Maria de Feira, des 19 et 20 juin 2000. *Adde*, Rapport de la Commission, « Charte européenne pour les petites entreprises – rapport annuel de mise en œuvre », 7 mars 2001, COM(2001) 122 final.

Commission européenne a publié un « Guide de l'utilisateur pour la définition des PME »⁶²³ qui apporte un soutien à leur appréciation et à leurs besoins. Ces opérateurs économiques sont spécifiquement appréhendés pour pleinement agir sur le marché et ainsi développer leur potentiel, en raison du nombre d'entreprises concernées. La diversité des PME a ainsi été relevée à plusieurs reprises⁶²⁴. Cette reconnaissance permet de constater que les PME sont plurielles : « *ce qui caractérise leur univers c'est la pluralité foisonnante, presque fourmillante, du microcosme économique et sociétale que représentent les petites et moyennes entreprises* »⁶²⁵, et de souligner qu'il s'agit plus précisément d'un « *microcosme sociétal* »⁶²⁶ duquel le droit ne doit pas rester spectateur.

158. - **Définition.** C'est l'article 2 de l'Annexe de la Recommandation du 6 mai 2003 qui vient définir les petites entreprises comme celles comprenant les entreprises employant moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le bilan n'excède pas 50 millions d'euros ; et les moyennes entreprises comme celles comprenant les entreprises employant moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou le bilan ne dépasse pas 43 millions d'euros. Selon les dispositions de l'article 3 du décret du 18 décembre 2008 : « *la catégorie des petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui : - d'une part occupent moins de 250 personnes ; - d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros* ». Par ailleurs, il est intéressant de relever que la PME fait l'objet de définitions particulières dans d'autres branches du droit, notamment dans le Code monétaire et financier⁶²⁷. Cet exemple réitère l'importance d'une prise en compte spécifique de l'entreprise et des acteurs économiques⁶²⁸, pour prévoir un régime adapté à leur situation.

⁶²³ *Guide de l'utilisateur pour la définition des PME*, du 24 févr. 2016, Commission européenne, Ares(2016) 956541.

⁶²⁴ Sur ce point v. not. : *Nos petites entreprises au seuil du XXI^e siècle – Quelles nouvelles réponses juridiques aux défis socio-économiques ?*, Cl. CHAMPAUD (dir.), CREDA, *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2003, n° 340, p. 4 et s. ; A. OUTIN-ADAM et A.-M. REITA-TRAN, « Regards des PME sur l'interdépendance du droit des contrats et du droit du marché : quelques observations », *RDC*, 1^{er} oct. 2006, n° 4, p. 1349 ; *Les PME face au droit de la concurrence*, CREDA, *RLDC*, 2011, n° 29.

⁶²⁵ Cl. CHAMPAUD, « Exposé introductif général », in *Nos petites entreprises au seuil du XXI^e siècle – Quelles nouvelles réponses juridiques aux défis socio-économiques ?*, *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2003, n° 340, p. 6.

⁶²⁶ Cl. CHAMPAUD, *ibid.*

⁶²⁷ C. mon. fin., art L. 424-6 selon lequel : « *Au sens de la présente section, l'expression : « petite et moyenne entreprises » désigne des sociétés dont la capitalisation boursière moyenne a été inférieure à un montant fixé par décret sur la base des cotations de fin d'année civile au cours des trois dernières années civiles* ».

⁶²⁸ Tel le professionnel.

159. - **Catégorie particulière des moyennes entreprises.** Plus récemment, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi PACTE »⁶²⁹, a institué une nouvelle catégorie d'entreprises : les moyennes entreprises. Elles sont définies par l'article 47 de ladite loi comme : « *les commerçants, personnes physiques ou personnes morales, pour lesquels, au titre du dernier exercice comptable clos et sur une base annuelle, deux des trois seuils suivants, dont le niveau et les modalités de calcul sont fixés par décret, ne sont pas dépassés : le total du bilan, le montant net du chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice* ». Un décret du 29 mai 2019⁶³⁰ est venu préciser les seuils de définition de ces moyennes entreprises comme suit : « *le total du bilan est fixé à 20 000 000 euros, le montant net du chiffre d'affaires à 40 000 000 euros et le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice à 250* »⁶³¹.

160. - **Catégorie particulière des petites entreprises.** À l'occasion de ce décret, l'article D. 123-200 alinéa 3 du Code de commerce a également été modifié s'agissant des seuils relatifs aux petites entreprises qui sont désormais les suivants pour déterminer les obligations comptables qui leurs sont imposées : « *le total du bilan est fixé à 6 000 000 euros, le montant net du chiffre d'affaires à 12 000 000 euros et le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice à 50* »⁶³². Le droit français se positionne donc à la hauteur des niveaux les plus élevés prévus par le droit européen et notamment la Directive du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises⁶³³. À l'évidence, l'objectif « *est de faire bénéficier un plus grand nombre d'entreprises de ces mesures de simplification comptable* »⁶³⁴.

⁶²⁹ L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n° 0119 du 23 mai 2019, texte n° 2.

⁶³⁰ Décr. n° 2019-539 du 29 mai 2019 portant application de l'article 47 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n° 0125 du 30 mai 2019, texte n° 39. Sur lequel v. X. DELPECH, « Petites et moyennes entreprises (définition des seuils) : publication du décret », *D.*, 2019, p. 1168.

⁶³¹ C. com., art. D. 123-200, al. 4.

⁶³² Auparavant les seuils étaient de 4 millions d'euros pour le total du bilan et 8 millions d'euros pour le chiffre d'affaires net, étant observé que le nombre de salariés n'a pas évolué.

⁶³³ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *JOUE* L 182/19 du 29 juin 2013, dont l'art. 3 portant sur les « catégories d'entreprises et de groupes » a expressément prévu la possibilité pour les États membres de fixer des seuils supérieurs à ceux initialement déterminés tout en prévoyant un maximum pour chaque catégorie d'entreprises visée.

⁶³⁴ X. DELPECH, obs. préc.

3. L'entreprise de taille intermédiaire

161. - **Difficulté.** Comme cela a été relevé, « *contrairement aux petites et moyennes entreprises (PME), les entreprises de taille intermédiaire (ETI) ne sont pas très bien identifiées par le grand public ni par les associations* »⁶³⁵. En effet, celles-ci se trouvent bien souvent assimilées à des grandes entreprises dans les statistiques⁶³⁶. Leur existence est pour autant avérée et constitue une réalité à prendre en considération. Le législateur l'a bien compris et n'a pas omis de les définir.

162. - **Définition.** Aux termes de l'article 3 du décret du 18 décembre 2008, « *la catégorie des entreprises de taille intermédiaire (ETI) est constituée des entreprises qui n'appartiennent pas à la catégorie des petites et moyennes entreprises, et qui : - d'une part occupent moins de 5 000 personnes ; - d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 1 500 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 2 000 millions d'euros* ». Aussi, à l'instar des petites et moyennes entreprises, les entreprises de taille intermédiaire ont vocation à profiter tout particulièrement des mesures visant à faciliter leur création, en diminuant notamment le coût de mise en œuvre de ces structures et en facilitant les formalités administratives⁶³⁷.

4. La grande entreprise

163. - **Définition.** Selon l'article 3, alinéa 4, du décret du 18 décembre 2008, « *la catégorie des grandes entreprises (GE) est constituée des entreprises qui ne sont pas classées dans les catégories précédentes* »⁶³⁸. Aussi, l'Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE) estime sur la base de ces dispositions qu'une grande entreprise est « *une entreprise qui vérifie au moins une des deux conditions suivantes : avoir au moins 5000 salariés ; avoir plus de 1,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires et plus de 2 milliards d'euros de total de bilan* »⁶³⁹.

⁶³⁵ S. BARNIAUD, « Financement – Mécénat – Les entreprises de taille intermédiaire comme partenaires », *Juris associations*, 2015, n° 518, p. 48.

⁶³⁶ S. BARNIAUD, *ibid.*

⁶³⁷ En ce sens : P. DELVOVE, « La loi PACTE et l'entreprise », *RFDA*, 2019, p. 589, spéc. n° 13.

⁶³⁸ Décr. n° 2008-1354 du 18 déc. 2008, préc.

⁶³⁹ Définition disponible à l'adresse suivante : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1035>.

164. - **Convergence des notions.** Il est constant que les définitions énoncées de chaque catégorie d'entreprises ont pour objectif principal de faciliter l'analyse statistique et économique du marché, et non pour rendre leur appréciation plus aisée pour le juriste. Cependant, il a été justement relevé que : « *bien que les notions d'entreprise, de professionnel, de non-professionnel n'aient pas les mêmes fonctions, on ne peut que se réjouir de cette convergence des juges quant au choix des critères de qualification ; le droit du marché y gagne en intelligibilité* »⁶⁴⁰. C'est pourquoi une telle approche s'avère essentielle dans la prise en compte spécifique et la détermination du petit professionnel. À ce titre, il demeure impératif de garder à l'esprit les différences pouvant exister entre chacune de ces entités, qu'il s'agisse des entreprises ou des professionnels, notamment compte tenu de leur taille⁶⁴¹.

165. - **Synthèse.** L'approche de l'entreprise, même dans sa définition, demeure principalement économique, voire statistique, celle-ci permettant de mettre en place les politiques d'aides. Dans cette optique le droit apparaît plus en retrait, particulièrement le droit des contrats pourtant moteur des relations, et le petit professionnel ne peut, en conséquence, trouver sa place véritable. De même, l'utilisation du terme d'entreprise semble commode dès lors qu'il fait l'objet d'études économique et statistique, mais il demeure particulièrement difficile de l'adapter et de l'intégrer dans l'analyse juridique, d'où la nécessité d'utiliser le terme « professionnel », en l'occurrence de « petit professionnel » afin de l'appréhender en tant que catégorie spécifique. Le lien entre professionnel et entreprise, et plus précisément entre petit professionnel et micro, petites et moyennes entreprises manque de clarté, l'un semblant correspondre à l'autre pour certains⁶⁴². Alors même que la notion d'entreprise recoupe plusieurs situations, ce qui ne facilite d'ailleurs pas son appréhension, la tendance ne s'inverse-t-elle pas à l'heure où cette notion s'intègre de plus en plus dans le paysage juridique ?

Afin de clarifier, il conviendra d'apporter des précisions et surtout de tenter une définition du petit professionnel qui demeure dans un flou notionnel dérangeant, ce qui ne rend pas les

⁶⁴⁰ H. AUBRY, « Droit de la consommation », *D.*, 2018, Pan., p. 583.

⁶⁴¹ Comme a pu le rappeler la Commission européenne, « *selon les estimations, pour chaque euro par salarié que dépense une grande entreprise en raison d'une obligation réglementaire, une petite entreprise pourrait devoir en dépenser jusqu'à dix* » : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – « Think Small First » : Priorité aux PME – Un « Small Business Act » pour l'Europe (SEC(2008) 2101) (SEC(2008) 2102), COM(2008) 394 final.

⁶⁴² Ainsi, selon Monsieur HABA : « *Le terme de petit professionnel englobe les petites entreprises* », th. préc., n° 91 p. 73.

choses aisées. En effet, tout le monde s'accorde plus ou moins sur son existence, et sur la nécessité de le prendre en compte mais sans jamais véritablement le caractériser, ni apporter des solutions concrètes à sa situation. Cela ne satisfait personne : ni le petit professionnel et ses défenseurs qui ne trouvent pas de réponse à leurs problématiques, ni ses réfractaires et détracteurs qui demeurent dans le doute et tentent vainement de repousser les assauts protectionnistes de leurs opposants. Si tout petit professionnel n'est pas toujours une petite entreprise⁶⁴³, celle-ci semble nécessairement être un petit professionnel. Aussi, le fait d'envisager une prise en compte de l'entreprise et de sa taille pour l'application de certaines dispositions, tel que le prévoyait, par exemple, le règlement pour un droit optionnel de la vente⁶⁴⁴, est de nature à présager une protection à la carte ne concernant pas l'ensemble des acteurs économiques dans le besoin du fait que tous les petits professionnels n'exploitent pas leur activité sous forme d'entreprise ou ne sont pas considérés de cette façon.

166. - **Résultat : un choix justifié en faveur de la notion de petit professionnel.** Le choix de la notion de petit professionnel au regard de l'ensemble des notions déjà existantes et précédemment analysées ne doit pas être qu'une question de « *commodité* »⁶⁴⁵. Elle doit, en effet, considérer la réalité et l'efficacité afin d'appréhender de manière véritable et effective le petit professionnel qui se trouve réellement être celui en situation de faiblesse.

En vérité, il semble qu'opposer totalement le petit professionnel à la petite entreprise n'a pas de sens dès lors que ces notions, sans recouper exactement la même chose et la même réalité, s'imbriquent dans une certaine mesure⁶⁴⁶. C'est pourquoi, il n'était pas possible de passer outre l'étude de la notion d'entreprise, avec ses nombreuses facettes et caractéristiques ; cela corrobore son importance dans la recherche puis l'identification du petit professionnel. Malgré tout, il apparaît délicat, d'un point de vue contractuel d'appréhender l'entreprise comme un contractant⁶⁴⁷. En ce sens, la notion de petit professionnel apparaît plus explicite et surtout plus juridique, celle-ci ne relevant pas uniquement du fait mais ayant déjà en partie tracé sa voie par ses différences avec les notions telles que celles de consommateur,

⁶⁴³ Celui-ci peut, en effet, être un « simple » entrepreneur qui ne cherche pas à faire croître son activité ni à l'organiser sous la forme d'une entreprise structurée et hiérarchisée. Sur ce point : A. MALLARD, *op. cit.*, spéc. n° 1 et s., p. 227 et s.

⁶⁴⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM/2011/0635 final – 2011/0284(COD).

⁶⁴⁵ P. HABA, th. préc., n° 94, p. 75.

⁶⁴⁶ L'un pouvant correspondre à l'autre.

⁶⁴⁷ Celle-ci s'inscrivant de toute évidence dans un mouvement plus large de reconnaissance d'« *une place de plus en plus importante au droit de l'entreprise* », A. CABANIS, « L'entreprise, une idée neuve en France ? », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015 p. 53 et s., spéc. n° 17, p.64.

de non-professionnel ou de professionnel. De surcroît, la notion d'entreprise n'est pas suffisamment cernée par le droit pour constituer une véritable base de travail⁶⁴⁸, contrairement à la notion de professionnel et donc de ses éventuelles subdivisions telles que le « petit professionnel ». De même, les « chevauchements » parfois relevés entre les notions d'entreprise, de commerçant, voire de société, ne sont pas de nature à apporter suffisamment de clarté au débat. La notion d'entreprise, si elle est aujourd'hui évoquée dans tous les traités, semble plus adaptée à la vision générale du droit des affaires, mais moins à la situation hypothétique et particulière de l'acteur économique contractant dans le cadre de son activité. À l'inverse, la notion de professionnel permet plus aisément d'englober l'ensemble de ces situations à condition que soit constaté l'exercice d'une activité professionnelle, ou d'une profession.

Tout bien considéré, il semble plus aisé de parler de « contractant professionnel », et donc de « petit professionnel », que de « contractant entreprise », ou de « petite entreprise ». Ces dernières apparaissent en effet trop abstraites aux yeux du droit des contrats pour permettre de personnifier le contractant et, dans ces conditions, une telle entité ne peut en elle-même constituer une catégorie originale de contractants. En revanche, il convient d'apporter une nuance importante sur ce point. Même si l'entreprise n'est pas connue en tant que contractant et ne bénéficie pas à cet égard d'une définition juridique précise, elle constitue indéniablement un acteur économique incontournable appréhendé par le droit, et dont les caractéristiques pourront se trouver essentielles dans la considération spécifique du petit professionnel⁶⁴⁹. En outre, elle apparaît toujours en mouvement et en évolution, constituant ainsi une source d'inspiration indispensable⁶⁵⁰.

167. - **Conclusion de la Section II.** Sur le fond, le lien entre les notions de petit professionnel, de commerçant et d'entreprise est prégnant. Si de toute évidence le petit commerçant peut être considéré comme un petit professionnel, l'inverse n'est pas toujours vrai dès l'instant que la notion de petit professionnel a une vocation plus large. Plus particulièrement, l'attachement entre la notion de petit professionnel et la notion de petite entreprise apparaît très fort, l'une semblant s'unir à l'autre, plus précisément la seconde

⁶⁴⁸ V. par ex., A. COURET, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, op. cit., spéc. p. 369, où l'auteur évoque le caractère « vaste » de la notion d'entreprise qui est aussi « trop hétéroclite pour autoriser une analyse juridique véritablement pertinente ».

⁶⁴⁹ V. infra n° 432 et s.

⁶⁵⁰ En ce sens, v. les discussions ayant porté sur le projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises du 18 juin 2018, dit projet de loi « PACTE », D., 2018, p. 1309 ; D., 2018, p. 1382.

paraissant incorporer la première. Néanmoins, ces notions n'ont pas la même dimension et ne représentent pas exactement le même domaine. Alors que l'entreprise demeure principalement une notion économique et organisationnelle dont le droit a encore parfois du mal à saisir les occurrences, le petit professionnel semble appartenir à cette catégorie sans pour autant être clairement identifié en son sein, ce qui fait persister une zone de flou. Il est possible de conclure que le petit professionnel ne ressort pas pleinement des notions de commerçant ni d'entreprise et ne fait pas l'objet d'une prise en compte spécifique par le biais de ces catégories plus ou moins connues du droit.

168. - **Conclusion du Chapitre I.** L'essor de la notion générale de professionnel est indéniable. Celui-ci est désormais devenu un personnage clé du paysage juridique, surtout en droit des contrats. Cette catégorie et plus spécialement les éléments diversifiés la composant, tels que les critères de petits, moyens, grands, méritent une attention toute particulière. À ce stade, il est possible d'avancer que le petit professionnel n'est pas un consommateur, ni un non-professionnel, ni un simple professionnel. Les nouvelles définitions consacrées notamment en droit de la consommation l'excluent clairement. Il ne se limite pas non plus à la qualité de commerçant, ni à celle d'entreprise, quelle qu'en soit la forme. Raisonner au-delà de ce constat permet de mettre en évidence le particularisme du petit professionnel. Ce dernier n'a pas encore de place déterminée dans le paysage juridique, et il doit se contenter de vivre auprès de la notion très générale de professionnel.

Il est alors nécessaire de pallier les confusions relevées. En effet, à l'inverse d'une règle juridique, « *une définition ne saurait souffrir d'exception* »⁶⁵¹. Or, l'absence de prise en compte réelle du petit professionnel a conduit les notions existantes à l'intégrer par le biais de raisonnements parfois complexes et discutables⁶⁵². C'est pourquoi, il est nécessaire de transcender les notions et leurs différences, pour parvenir si possible à une définition unitaire de la notion de petit professionnel. Les notions de « PME », voire de « Small Business », de petit professionnel doivent faire l'objet d'une étude spécifique. Il ne suffit pas de tenter de les assimiler alors que chacune dispose d'une fonction toute particulière et répond à une situation spécifique. En outre, la plupart des notions étudiées sont des notions issues du domaine économique et qui se sont peu à peu insérées dans le monde juridique, ce qui a rendu et rend

⁶⁵¹ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965 (1 vol. de texte, 1 vol. de notes bibliographiques), n° 222, p. 631.

⁶⁵² Par ex., en appréhendant leurs définitions respectives sous un angle qui ne correspond pas toujours à leur vision première, ce qui conduit donc à l'existence d'exceptions. Que ce soit dans le cadre du rapprochement avec la notion de consommateur (v. *supra* n° 35 et s.), ou encore de la diversité des formes d'entreprises (v. *supra* n° 149 et s.).

toujours pour certaines, leur définition délicate ; elles demeurent ainsi difficiles à cerner. L'usage par le droit de notions, voire plus largement de concepts, économiques rend compliquées leur appréciation et leur définition par et pour le juriste. Encore convient-il de remarquer que le petit professionnel, même s'il est toujours difficile d'en saisir la teneur, semble parfois se rapprocher des catégories évoquées par certains aspects.

Est-ce également le cas au travers des protections mises en place ? Aujourd'hui, qu'il s'agisse des catégories contractuelles ou des catégories « traditionnelles », plus économiques, aucune d'elles ne permet de prendre en compte spécifiquement et pleinement le petit professionnel qui se trouve en conséquence exclu du paysage juridique connu. D'un point de vue théorique, le débat semble donc clos et la réponse sans appel. Cependant, aucune conclusion hâtive et vision trop stricte de la situation ne doivent être consenties, ni arrêtées à ce stade. Loin de prôner une remise en cause des définitions récemment adoptées et désormais légalement établies, l'objectif est d'ouvrir un dialogue afin de transformer la vision parfois trop générale embrassée par les catégories mises en œuvre⁶⁵³. En pratique, les sphères de protection instaurées font l'objet d'une appréciation toute particulière permettant, dans certains cas, de constater l'apparition du petit professionnel dans le champ protecteur de certaines de ces catégories. Est-ce pour autant toujours le cas ? Et là où le petit professionnel est sorti par la porte, ne rentre-t-il pas par la fenêtre ?

⁶⁵³ En ce sens, certaines précisions sont nécessaires, notamment dans l'approche de la catégorie très générale de « professionnel », dont la dimension doit être assouplie en prenant en compte la taille de ses membres.

CHAPITRE II :

Le petit professionnel insatisfait par les protections existantes

169. - **Explications.** Il a été constaté que le petit professionnel se devait d'être distingué des catégories contractuelles connues, notamment celles de « consommateur » et de « non-professionnel », ce malgré l'existence de rapprochements dans leur finalité ou leur conception⁶⁵⁴. Cette proximité se retrouve-t-elle également lorsqu'il s'agit d'envisager la protection du petit professionnel ? Quand bien même les définitions précises du consommateur, du non-professionnel et du professionnel ont été établies, des confusions demeurent et des tentatives de protection de certains contractants, particulièrement par le droit de la consommation, existent⁶⁵⁵. L'absence de prise en compte du petit professionnel au niveau notionnel en raison notamment d'une crainte tant politique que juridique⁶⁵⁶ constitue un manque à surmonter. Or, constater la particularité et l'originalité de contractants, « *c'est déjà admettre que tous les contractants ne méritent pas la même protection* »⁶⁵⁷, cela même si le cocontractant du professionnel est un autre professionnel⁶⁵⁸. Classiquement, la notion de professionnel écarte celui-ci de toute protection, en évoquant le postulat de la puissance de ceux qui agissent dans le cadre de leur activité habituelle, lucrative et organisée. Le petit professionnel subit un déficit de protection surtout par rapport aux autres professionnels⁶⁵⁹.

⁶⁵⁴ V. *supra* n° 35 et s. et n° 67 et s.

⁶⁵⁵ La logique découle du fait que tout contractant doit être protégé en cas de faiblesse avérée ; les solutions sont donc parfois « aménagées » si les dispositions protectrices ne couvrent pas tout le monde.

⁶⁵⁶ Dans l'hypothèse de trop protéger le petit professionnel, le droit perdrait sans doute en attractivité économique. De plus, cela serait de nature à remettre en cause la liberté et la sécurité contractuelles, ce qu'il conviendra d'ailleurs de confirmer ou non. Protéger les professionnels quels qu'ils soient engendre souvent des réticences ; une telle démarche fait ressurgir les craintes d'une surprotection, mais également l'inquiétude de nuire aux contractants déjà protégés, comme le consommateur. Aussi, il est pertinent de relever que bien souvent les protections mises en place entre professionnels, notamment en droit de la distribution, se font par branches d'activité et non par une prise en compte générale du statut des contractants selon qu'ils sont grands ou petits.

⁶⁵⁷ J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *in mélanges P. DIDIER*, Economica, 2008, p. 87.

⁶⁵⁸ J. CALAIS-AULOY, *ibid.*

⁶⁵⁹ D. VOINOT, « Les petits professionnels », *in mélanges en l'honneur de la Professeure FRANÇOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 565, spéc. p. 573 et s.

Une vision globale de la pratique et du droit positif permet de constater que chaque profession, branche ou domaine dispose de ses propres règles, autorisant la prise en compte des spécificités de chacun. En revanche, le critère de la taille qui constitue un facteur de différenciation réelle ne semble pas être considéré de manière suffisante, alors même qu'il est susceptible d'engendrer un déséquilibre incontestable sur de nombreux plans : économiques, structurels, informationnels, etc.

170. - **Démarche.** Il convient désormais d'apprécier les difficultés à insérer le petit professionnel dans les cadres protecteurs existants. L'analyse débutée démontre que l'approche de ce contractant est plutôt craintive. Cette appréhension entraîne beaucoup d'embarras conduisant parfois à utiliser de manière inappropriée, détournée, voire abusive les systèmes protecteurs instaurés, et ce au risque de remettre en cause leur efficacité. Or, la notion de petit professionnel pourrait répondre aux préoccupations et aux difficultés rencontrées par certains professionnels et dont le droit actuel entend ignorer la réalité. D'un point de vue très général, la question de la protection du professionnel a souvent fait l'objet de débats, et le petit professionnel semble dans ces conditions redouté⁶⁶⁰, le droit n'ayant peut-être pas une conception propice et favorable à sa prise en considération. C'est pourquoi, il est nécessaire d'analyser les hypothèses dans lesquelles le petit professionnel se trouve protégé pour connaître la véritable portée de sa protection.

171. - **Plan.** Par conséquent, il convient d'observer les tentatives de protection par le biais des mécanismes existants au sein de chaque branche (Section I) avant d'évaluer le soutien auquel pourrait prétendre le petit professionnel (Section II).

Section I : Les tentatives de protection du petit professionnel

172. - **Équité.** Reconnaître que certains professionnels se trouvent dans des situations d'infériorité proches de celles du consommateur ou d'autres contractants nécessitant une protection particulière n'a rien de nouveau ni de révolutionnaire, et plusieurs réponses ont été envisagées, afin de favoriser « *l'équité en protégeant certains professionnels qui se trouvent*

⁶⁶⁰ V. par ex., D. MAZEAUD et T. GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 1^{er} janv. 2012, n° 1, p. 276 et s.

dans une situation comparable à celle du consommateur »⁶⁶¹. Néanmoins, tenter de proposer des mesures pour pallier ces difficultés a conduit à des débats et à des discussions toujours en vogue. Le recours à la notion de consommateur ne permet pas de protéger les personnes morales, et si certaines notions sont apparues pour tenter de trouver une solution, le petit professionnel ne semble pas avoir tiré son épingle du jeu dès lors que sa réalité, voire son existence, et donc sa protection, sont discutées. S'il semble évidemment difficile d'appréhender « *ce droit spécial des contrats, qui déploie ses ailes protectrices en faveur des contractants professionnels dépendants et dominés* »⁶⁶², il est en revanche possible de rechercher dans les droits existants⁶⁶³ des pistes. Les différentes propositions apparues pour combler les manques rencontrés par ces professionnels ont eu plus ou moins de succès, et les recherches en la matière perdurent⁶⁶⁴.

173. - **Plan.** Aussi, les possibilités offertes au petit professionnel pour bénéficier d'une protection se manifestent dans une vision extensive du droit de la consommation (I), ou encore dans une abstraction plus générale du professionnel en tant que partie faible (II), et au travers du cas très particulier des petits producteurs du secteur agricole (III).

I. Extension du champ consumériste

174. - **Présentation.** L'exclusion du petit professionnel des principales notions juridiques existantes rejait sur le champ d'application du Code de la consommation. En effet, cela n'a pas empêché le droit, plus précisément la doctrine ou la jurisprudence, d'agir en tentant de l'attirer dans le champ d'attraction du Code de la consommation. Si l'article liminaire de ce Code contient désormais les définitions précisant les destinataires du droit consumériste, il n'en demeure pas moins que le petit professionnel semble, à certains moments, aussi intéressé et même considéré par ces dispositions. S'arrêter sur la portée des nouvelles définitions insérées dans le Code de la consommation et s'interroger sur leur apport, tout spécialement sur les effets relatifs au champ d'application de ce Code, permet de réfléchir

⁶⁶¹ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-il ? », *D.*, 1997, p. 260, spéc. n° 3.

⁶⁶² D. MAZEAUD, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 517, spéc. n° 3, p. 518.

⁶⁶³ Dans le droit de la consommation, le « droit contractuel de la concurrence », le droit commercial, ou encore le droit commun des contrats.

⁶⁶⁴ En ce sens, la récente réforme intervenue en droit des contrats apparaît significative tant certaines mesures laissent à penser que l'objectif poursuivi se trouve dans la ligne directe de protection des professionnels en situation de faiblesse. Qu'en est-il réellement dans la pratique ?

aux opportunités offertes au petit professionnel de s'intégrer dans le giron des dispositions protectrices. Cette éventualité laissant deviner l'insertion de cet acteur dans le cadre des règles protectrices du droit de la consommation semble renforcer les confusions notionnelles déjà relevées et donc être source de difficultés. En outre, ces définitions ne sont pas sans poser des questions sur l'articulation des branches de droit entre elles et des protections attachées à chacune d'elles, particulièrement au niveau de l'influence des principaux codes touchant la matière contractuelle⁶⁶⁵. Cela est également source de complication et rend difficile l'appréciation des difficultés pour encadrer le petit professionnel dans les régimes protecteurs existants. En ce sens, si la perspective d'une extension du droit de la consommation à l'égard de certains professionnels ne semble plus faire l'unanimité⁶⁶⁶, elle a longtemps constitué une solution pratique et envisagée pour élargir les protections mises en place afin, par exemple, de contrebalancer la « surprotection » relevée du consommateur⁶⁶⁷. Cela confirme que la contiguïté de ces notions se retrouve non plus quand il est question d'envisager leur définition précise, mais leur protection.

175. - **Démarche.** De nombreuses discussions ont eu lieu quant à la mise en œuvre de la protection consumériste à l'égard de ces divers contractants. Cela a fait succéder des critères pour appréhender précisément les personnes susceptibles d'en bénéficier. Distinguer le consommateur ou le non-professionnel du professionnel et préciser leurs conditions de protection a généré pendant longtemps un certain flou.

176. - **Plan.** Un retour s'impose alors sur les débats qui ont vu le jour à ce propos (A), ce qui va permettre d'éclairer l'analyse des différents critères de compétence (B), des besoins professionnels (C), du rapport direct (D), du nouveau critère légal de la finalité professionnelle (E), et de l'hypothèse particulière des contrats conclus hors établissement (F).

⁶⁶⁵ Il convient essentiellement d'envisager ici l'articulation entre le Code civil, le Code de la consommation et le Code de commerce. Sur cette question, v. not. : L. LEVENEUR, « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 81 et s.

⁶⁶⁶ F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. Évry-Val-d'Essonne, dir. D. HOUTCIEFF, 2015, n° 288, p. 152. Adde, J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Précis, Dalloz, 2015, n° 11 et s., p. 11 et s.

⁶⁶⁷ V. G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », n° 1, p. 335, in *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, J. L. TOMILLO URBAN (dir.), J. ÁLVAREZ RUBIO (Coord.), Granada, 2014, spéc. n° 65, p. 353. L'auteur aborde ainsi l'hypothèse d'un nouveau déséquilibre apparu au détriment des professionnels, en évoquant la potentielle « surprotection » des consommateurs, ce qui conduit à trouver des solutions pour équilibrer l'ensemble : moins les protéger et admettre qu'il faut protéger certains professionnels. La question se pose alors de savoir si la protection du consommateur se fait nécessairement au détriment du professionnel, et si ce dernier est à considérer sur un plan protecteur, à moins qu'il s'agisse du petit professionnel ?

A. Débats

177. - **Incertitude et fluctuation du champ d'application du droit de la consommation.** Le cadre juridique du droit de la consommation se limite traditionnellement aux relations entre consommateurs ou non-professionnels, et professionnels. Si ces notions ont été précédemment déterminées, les conditions d'application du droit de la consommation à leur égard sont, en effet, propices à la discussion. La question de l'ouverture de ce droit aux professionnels se trouvant en position de faiblesse ou de vulnérabilité anime depuis longtemps la doctrine et la jurisprudence⁶⁶⁸. À la suite de plusieurs décisions et selon les périodes, des portes ont été entrouvertes permettant de faire bénéficier certains professionnels des dispositions consuméristes. Cela revient à se demander si un professionnel, contractant avec un autre professionnel, peut être considéré comme un consommateur et bénéficier des mêmes dispositions protectrices. Est-il par nature un professionnel à part entière, ou faut-il lui rajouter la qualification de partie faible bénéficiaire de la protection du droit de la consommation ? Mais l'ajout de nouvelles définitions n'apporte-t-elle pas à son tour un flou à l'application des dispositions consuméristes ? Ainsi, la mise en œuvre de certaines dispositions sera limitée aux relations entre professionnels et consommateurs⁶⁶⁹, tandis que d'autres ne vont bénéficier qu'aux personnes physiques⁶⁷⁰, ou aux non-professionnels⁶⁷¹, voire aux relations entre professionnels⁶⁷².

178. - **Limite de la notion de consommateur.** Recourir à la notion de consommateur a très vite rendu impossible l'essor de la protection d'autres personnes et particulièrement des personnes morales⁶⁷³. En conséquence, l'impossibilité de protéger ces dernières grâce au

⁶⁶⁸ V. not., D. BUREAU, « Vers un critère général ? », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), Economica, 2002, p. 53 et s.

⁶⁶⁹ V. par ex., C. consom., art. L. 421-6. Sur lequel, v. : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 14-28.334 et n° 15-20.119. Dans ses arrêts, la Haute juridiction a précisément jugé que : « *l'action, engagée sur le fondement de l'article L. 421-6 du code de la consommation, intéresse un contrat proposé ou destiné à des syndicats de copropriétaires, la cour d'appel en a exactement déduit, peu important la présence de consommateurs en leur sein, que celle-ci était irrecevable* ».

⁶⁷⁰ Comme les dispositions relatives au cautionnement : C. consom., art. L. 331-1 et s.

⁶⁷¹ Il s'agit d'évoquer ici les règles portant sur les clauses abusives, l'interprétation du contrat, ou encore l'obligation d'information pour les contrats comportant une clause de tacite reconduction

⁶⁷² À propos notamment des législations sur les pratiques commerciales déloyales ou sur les pratiques restrictives.

⁶⁷³ En ce sens : CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99, arrêt « Cape » ; CCC, 2002, n° 1, comm. 18, note G. RAYMOND ; CCC, 2002, n° 7, chron. 14, note M. LUBY ; JCP, 2002, II, n° 10047, note G. PAISANT ; D., 2002, p. 90, note C. RONDEY ; D., 2002, p. 2929, obs. J.-P. PIZZIO ; RTD civ., 2002, p. 291, obs. J. MESTRE

recours à la notion de consommateur a engendré des difficultés qu'il a fallu surmonter afin de ne pas les laisser sans recours de même, de ce fait, que certains professionnels.

179. - **Frontières étanches et attractivité.** Il y a lieu de rappeler que « *l'opposition du fort et du faible est la raison d'être, l'essence même de la législation consumériste* »⁶⁷⁴. Il est dès lors légitime de se poser des questions quant à un élargissement de son champ d'application à l'ensemble des parties jugées faibles. Le mouvement en faveur de l'extension du droit de la consommation à d'autres contractants que le consommateur a très rapidement conduit à s'interroger sur les enjeux en cause et les conséquences engendrées. Pour reprendre l'expression du Professeur PAISANT, « *les frontières du droit de la consommation sont devenues aléatoires* »⁶⁷⁵. À l'évidence, ce droit tend à exercer une forme d'attraction pour le professionnel qui cherche à bénéficier d'une protection particulière⁶⁷⁶. Pour autant, si le droit de la consommation apparaît comme le véritable droit protecteur du contractant faible, il a souvent été considéré comme inaccessible aux professionnels quels qu'ils soient, ce qui a été source de nombreuses discussions.

180. - **Réorientation.** Le fait d'affirmer que le droit de la consommation n'a pas vocation à appréhender la protection des professionnels, et en l'occurrence des petits professionnels, ne signifie nullement que ces derniers n'ont pas à faire l'objet d'une attention particulière. Ce n'est pas parce que l'outil employé est inefficace ou discutable que la recherche ne doit pas être poursuivie et l'ouvrage réalisé ; il convient donc de solliciter des solutions autre part. La réorientation politique annoncée par le Professeur PAISANT⁶⁷⁷ ne doit pas conduire à un abaissement de la protection en faveur des consommateurs mais plutôt à un rapprochement de leurs protections respectives, au moins dans l'esprit et le principe. Bien sûr, envisager moins de protection du consommateur n'est pas souhaitable, mais évidemment un supplément de protection du petit professionnel est préconisé. Dans notre économie de marché la tentation naturelle est trop axée sur la volonté de s'éloigner des

et B. FAGES ; *RTD civ.*, 2002, p. 397, obs. J. RAYNARD ; *RTD com.*, 2002, p. 404, obs. M. LUBY ; *LPA*, 22 mai 2002, note C. NOURISSAT.

⁶⁷⁴ N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2002, n° 360.

⁶⁷⁵ G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », préc., n° 29, p. 350 ; Rappr. D. VOINOT, « Les petits professionnels », préc., p. 575, l'auteur mettant en évidence l'inspiration de la protection du petit professionnel au travers de celle accordée aux consommateurs.

⁶⁷⁶ D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.*, 1998, n° 16, p. 95.

⁶⁷⁷ G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », préc., n° 25, p. 349.

contraintes engendrées par tout système de protection ou de limitation des libertés, cela étant pour certains constitutif d'insécurité juridique ; les acteurs économiques veulent effectivement une liberté totale d'action et désirent un meilleur résultat financier. Cet état de fait peut toutefois conduire de nombreux petits professionnels à l'échec par l'absence de résultat et parfois à la cessation de leur activité avec tout ce qui en découle.

181. - **Critique et réfractaires.** Cette ouverture a cependant très vite connu des réfractaires ; des limites, souvent justifiées, ont rapidement été posées par la jurisprudence, ce qui a donné lieu à des discussions doctrinales. Jusqu'où inclure ces professionnels dans le champ du droit de la consommation ? Quels risques ? Quelles limites ? Plusieurs critères ont été appréciés, puis testés, souvent validés, et parfois rejetés. La prise en compte spécifique du petit professionnel par ces voies mérite une attention toute particulière, dès lors que s'ouvre à lui un champ important de dispositions protectrices⁶⁷⁸. Doit-il uniquement être perçu comme étant, selon certains, « *par nature un professionnel faible protégé par le droit de la consommation* »⁶⁷⁹ ? Pour trouver des réponses, il convient maintenant d'apprécier chacun des critères utilisés.

B. Le critère de compétence

182. - **Plan.** L'ouverture de la protection consumériste à certains professionnels s'est d'abord réalisée par le biais du critère relativement extensif de la compétence qui a été, pendant longtemps, l'élément déterminant de l'inclusion du professionnel dans le champ du droit de la consommation. Afin de le préciser, il semble pertinent de rechercher son intérêt (1) puis d'apprécier son application (2).

1. Description et intérêt du critère

183. - **Présentation.** Le critère basé sur la compétence professionnelle a contribué à déterminer le besoin éventuel de protection existant pour certains professionnels. L'idée dégagée par ce critère est d'offrir au professionnel agissant en dehors de son domaine de

⁶⁷⁸ V. égal., D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.*, 1998, p. 95 et s.

⁶⁷⁹ P. HABA, *Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé*, *op. cit.*, n° 541, p. 394.

compétence, c'est-à-dire de sa spécialité, le bénéfice de la protection accordée au consommateur. C'est ainsi que le professionnel était considéré dans cette situation comme un profane, au même titre que le consommateur et ce, même s'il passait un acte pour les besoins de sa profession⁶⁸⁰. Puisque le professionnel agit dans cette hypothèse en dehors de son cadre de compétence, il se retrouve dans le même état d'ignorance que le consommateur⁶⁸¹. Ainsi, dès lors que le contrat en cause « échappait à la compétence professionnelle »⁶⁸² du contractant en cause, ce dernier pouvait bénéficier des dispositions consuméristes. Il s'agit principalement ici d'envisager une extension de la protection consumériste en matière de clauses abusives. Des cas illustrent très bien cette situation : par exemple, celui d'une société d'agence immobilière ayant conclu un contrat relatif à l'installation d'un système d'alarme pour ses locaux professionnels⁶⁸³ ou cet autre, d'un démarchage avec vente à domicile, concernant cette fois un plombier chauffagiste qui avait alors souscrit un contrat d'assurance juridique⁶⁸⁴, ou encore celui d'un agriculteur ayant acheté un extincteur⁶⁸⁵.

184. - **Critère de compétence et notion de non-professionnel.** Le critère de la compétence représente l'hypothèse par excellence où la notion de non-professionnel trouve à s'appliquer. Des professionnels ont pu bénéficier de la protection offerte par le droit de la consommation au travers de la notion de non-professionnel dont la catégorie est très vite apparue comme celle pouvant inclure le « professionnel » qui contracte pour sa profession, son travail, mais hors de son domaine de compétence, donc hors du cadre de sa spécialité. Toutefois, la question du critère d'application a posé problème pour apprécier précisément le non-professionnel dans cette hypothèse. Faut-il se limiter au seul critère de sa compétence, ou tendre vers le critère peut-être plus général du lien direct ? La compétence est longtemps demeurée une condition intéressante pour apprécier s'il s'agissait d'un non-professionnel ou pas, et pour élargir le champ d'application des règles consuméristes. Plus largement, ce critère aidait à prendre en considération les professionnels qui n'avaient pas de compétences tant

⁶⁸⁰ Rapport annuel de la Cour de cassation, 1987, *La documentation française*.

⁶⁸¹ À titre d'exemple : Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1992, n° 89-16.739, JurisData n° 1992-002921.

⁶⁸² En ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 15 avr. 1982, n° 80-14.757 ; *Bull. civ. I*, n° 133 ; *D.*, 1984, p. 439, note J.-P. PIZZIO ; Cass. 1^{ère} civ. 28 avr. 1987, n° 85-13.674 ; *Bull. civ. I*, n° 134 ; *JCP*, 1987, II, 20893 note G. PAISANT ; *D.*, 1987, Somm. 455, et *Defrenois*, 1987, p. 1478, obs. J.-L. AUBERT ; *D.*, 1988, p. 1, Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.*, 1987, p. 537, obs. J. MESTRE ; *RGAT*, 1987, p. 559, note J. BIGOT ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.726 ; *Bull. civ. I*, n° 4 ; *RTD com.*, 1993, p. 706, obs. B. BOULOC ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.730 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.733, *D.*, 1993, p. 237, obs. G. PAISANT ; *JCP*, 1993, II, 22007 note G. PAISANT. V. égal., Paris, 22 mars 1990, *D.*, 1990, *IR*. 98 : protection d'un joaillier ayant acheté des espaces publicitaires, pour une illustration des juges du fond.

⁶⁸³ Cass. 1^{ère} civ. 28 avr. 1987, n° 85-13.674, préc.

⁶⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1992, n° 89-16.736.

⁶⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, *JCP*, 1993, II, n° 22007, note G. PAISANT.

juridiques que techniques, en rapport avec le contrat conclu. Ainsi, le juge pouvait apprécier l'application des normes consuméristes au regard de cette compétence parfois élargie du contractant, dans le domaine considéré, c'est-à-dire dans l'objet du contrat. Il s'agit donc d'un critère d'appréciation particulièrement vaste conduisant à une prise en compte importante des personnes pour les amener à bénéficier des dispositions consuméristes. Son appréciation est toutefois rendue délicate et les conséquences sont discutables, voire critiquables.

185. - **Illustrations.** Sans revenir sur l'intégralité de la jurisprudence passée, les juges du fond ont eu l'occasion d'appliquer ce critère à plusieurs reprises, mettant ainsi en évidence son utilité et ses limites. Si comme précisé, c'est en matière de lutte contre les clauses abusives que ce critère a été dans un premier temps utilisé⁶⁸⁶, la jurisprudence a par la suite étendu cette application. Ainsi, la protection a aussi profité dans le cadre d'un démarchage à domicile et d'un crédit mobilier à la consommation, s'agissant précisément d'un commerçant ayant fait installé un système d'alarme dans son magasin⁶⁸⁷. De manière plus récente, le critère de la compétence de l'une des parties a été repris par la jurisprudence qui n'hésite pas à tenir compte de cet élément pour apprécier la mise en œuvre de la protection consumériste s'agissant notamment d'un promoteur immobilier⁶⁸⁸. Ainsi, le juge prend-il désormais en considération les « *connaissances* » et les « *compétences techniques spécifiques* » auxquelles fait appel le domaine d'activité concerné, en l'occurrence le domaine de la construction par rapport à celui de l'immobilier⁶⁸⁹. Il est donc admis encore aujourd'hui de tenir compte des compétences de l'un des contractants, ce qui nécessite d'être apprécié.

2. Appréciation du critère

186. - **Explications.** De nombreuses décisions sont venues préciser l'application et l'appréciation de ce critère de la compétence. Si une partie de la doctrine s'est montrée plutôt

⁶⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1987, préc.

⁶⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, n° 89-15.860 ; *Bull. civ. I*, n° 162 ; *D.*, 1992, somm., p. 401, obs. J. KULLMAN ; *D.*, 1993, p. 87, note G. NICOLAU. En l'espèce, le lien du contrat avec son activité professionnelle était évident, mais quelle connaissance supplémentaire avait-il des alarmes par rapport à un consommateur ordinaire ?

⁶⁸⁸ V. par ex. : Cass. 3^{ème} civ., 4 févr. 2016, n° 14-29.347 ; *D.*, 2016, p. 639, note C.-M. REGLION-ZIKA ; *D.*, 2017, p. 375, obs. M. MEKKI ; *CCC*, 2016, comm. 105, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP G.*, 2016, 796, obs. Y.-M. SERINET ; *AJDI*, 2016, p. 623, obs. F. COHET ; *RDI*, 2016, p. 290, obs. B. BOUBLI ; *JCP E.*, 2016, 1300, note N. PICOD ; *RDC*, 2017, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJCA*, 2019, p. 200, obs. S. CARVAL ; *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, p. 20, note D. MAZEAUD.

⁶⁸⁹ Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 2019, n° 18-23.259 ; *D.*, 2020, p. 55, note S. TISSEYRE. Le titre de la note de Madame TISSEYRE est d'ailleurs évocateur en ce qu'il indique que « *l'analyse de l'objet social n'exclut pas la prise en compte des compétences* ».

favorable à son application⁶⁹⁰, très vite, il a été fait état des inconvénients et des limites à sa mise en œuvre, mouvement qui a été concrétisé par plusieurs critiques.

187. - **Critique n° 1 : mise en œuvre compromise.** La principale critique relative à ce critère réside dans les difficultés de sa mise en œuvre, ce d'autant plus que le professionnel est, par essence, présumé compétent par le biais d'une formation puis de sa mise en pratique, du moment qu'il traite dans le cadre de son activité. C'est pourquoi, pour certains il convient de privilégier le fait que le professionnel traite ou pas pour les besoins et dans le cadre de son activité⁶⁹¹. De même, s'est posée la question de l'application de ce critère dans l'hypothèse où des contrats seraient conclus entre deux professionnels de même spécialité, « *donc également compétents, dans lesquels d'importantes inégalités économiques sont exploitées aux dépens des plus faibles* »⁶⁹². C'est alors qu'un intérêt pour la prise en compte du petit professionnel peut commencer à se faire ressentir. L'éventuelle nécessité de considérer sa taille se dévoile.

188. - **Critique n° 2 : mise en œuvre restrictive et absence d'équité.** Bien que la mise en œuvre du critère de la compétence réponde indéniablement aux impératifs de sécurité juridique et de clarté, le professionnel demeurant bien souvent dans sa qualité de professionnel et le consommateur dans celle de consommateur, cela ne permet pas de solutionner la situation du professionnel en état de faiblesse. En effet, ce dernier peut se trouver dans une situation difficile pour diverses raisons, notamment économiques, tout en disposant de certaines compétences, cela l'excluant *de facto* de toute protection. Dans ces conditions, l'application de ce critère apparaît trop restrictive pour répondre à l'exigence d'équité qui commande la mise en œuvre de tout régime protecteur.

189. - **Critique n° 3 : « excès d'abstraction et de simplisme »**⁶⁹³. Ce critère favorise par ailleurs une conception trop large de la notion de consommateur qui se trouve assimilé à certains professionnels considérés comme faibles. Cette large conception de la notion de consommateur prend forme dès lors que par ses connaissances, celui-ci peut être assimilé à un

⁶⁹⁰ Par ex., J. BEAUCHARD, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. CORNU*, 1995, p. 9 et s.

⁶⁹¹ V. not., S. VIALLE, *La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. II, th. Grenoble, 1990, spéc. p. 352 et s.

⁶⁹² J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-il ? », *D.*, 1997, p. 260, n° 7.

⁶⁹³ L'expression est empruntée au Professeur MAZEAUD : D. MAZEAUD, *D.*, 1995, somm. p. 89, obs. sous Cass. com., 10 mai 1994, n° 92-22.075.

professionnel⁶⁹⁴ et se situer en position de « force » par rapport à son cocontractant⁶⁹⁵, ce au détriment du champ d'application du droit de la consommation qui se trouve de nouveau jeté dans le flou.

190. - **Critique n° 4 : indifférence de la taille au regard de la qualification du professionnel.** De surcroît, l'une des conséquences mise en évidence au travers de l'application de ce critère tend à l'indifférence opérée selon la situation du professionnel et notamment de sa taille. S'il apparaît normal de protéger la partie ignorante, il est en revanche particulièrement mal venu de permettre à un contractant puissant, par exemple sur le plan économique, de bénéficier d'une protection sous prétexte qu'il traite en dehors du domaine de sa spécialité. Or, c'est exactement ce qu'était susceptible d'entraîner l'application de ce critère de la compétence. De même, une forme d'hypocrisie était perceptible dès lors que le contractant concluait un contrat dans sa spécialité mais à titre domestique, pour ses besoins personnels : il pouvait prétendre à une protection discutable. Cela revenait à s'interroger précisément sur la nature de la compétence du professionnel et lorsqu'il n'agissait pas dans le cadre de celle-ci, le professionnel pouvait prétendre à bénéficier de la protection consumériste, quelle que soit sa taille⁶⁹⁶. Cependant, il n'est pas contestable que la protection des professionnels en position de force ou non n'était pas l'objectif principal ici recherché.

191. - **Transition.** Pour toutes ces raisons, le critère de la compétence a été rapidement mis de côté au profit d'un autre : celui des besoins professionnels.

C. Le critère des besoins professionnels

192. - **Terminologie législative.** La terminologie utilisée par les versions initiales des lois relatives au droit de la consommation faisait expressément référence aux « besoins

⁶⁹⁴ V. par ex. : *infra* n° 372.

⁶⁹⁵ En ce sens, v. not. : G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, JCl., Conc. Cons., fasc. 800, 2016, spéc. n° 16. Pour illustrer la nécessité d'abandonner ce critère de la compétence, l'auteur prend comme exemple la difficulté de la qualification de professionnel pour certains contractants comme les salariés ou les retraités qui sont amenés à conclure un contrat portant sur un produit entrant dans le champ de leur compétence professionnelle. De ce fait, cela entraîne une question délicate à résoudre : le consommateur contractant dans un domaine proche de sa compétence professionnelle peut-il ou doit-il être considéré comme contractant à titre professionnel, puisque le contrat relève à l'évidence de sa sphère de compétence ?

⁶⁹⁶ Ainsi, qu'il eût été grand ou petit, il pouvait prétendre à une certaine protection ou à l'inverse en être exclu. Sa taille ne lui garantissait donc aucune certitude sur ce point puisqu'elle ne constituait pas le critère de prise en compte.

professionnels »⁶⁹⁷. Cette approche a ainsi permis d'intégrer certains professionnels au cœur de la protection issue du droit de la consommation. En effet, ce critère a l'avantage de la souplesse, en particulier dans son articulation avec la question du domaine de compétence du professionnel, sans pour autant ouvrir grand les bras aux professionnels pouvant profiter de la protection⁶⁹⁸.

193. - **Expérimentation momentanée.** Le critère des besoins professionnels a connu une application éphémère à la fin du XX^e siècle par la doctrine et la jurisprudence, ce malgré son apparente clarté. C'est par un arrêt du 24 novembre 1993 que la Cour de cassation est venue le « consacrer »⁶⁹⁹. La Chambre commerciale de la Cour de cassation en a d'ailleurs tenu compte pendant un certain temps malgré son abandon par les chambres civiles.

194. - **Proximité avec le critère de la finalité professionnelle.** Le critère des besoins est très proche du critère de la finalité professionnelle du contrat. Il revient aux juges du fond d'apprécier si le contrat en question permet d'assurer le développement de l'activité exercée. La solution est alors proche de la volonté du législateur car, de surcroît, cela ne dénature pas le droit de la consommation. Mais l'appréciation de la notion de « besoins de la profession » reste toujours une difficulté.

195. - **Risque d'exclusion du petit professionnel.** Tout comme le critère de la compétence, celui des besoins professionnels conduisait « à nier l'existence de professionnels pouvant bénéficier de la même protection que les consommateurs »⁷⁰⁰. Ainsi, il n'était pas adapté à la situation du petit professionnel et une certaine sévérité était palpable à l'égard des

⁶⁹⁷ V. not., L. n° 72-1137 du 22 déc. 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JORF* du 23 déc. 1972, p. 13348, dont l'article 8, I, prévoyait que « *Ne sont pas soumis aux dispositions des articles 1^{er} à 5 : [...] e) Les ventes, locations ou locations-ventes de marchandises ou objets ou les prestations de services lorsqu'elles sont proposées pour les besoins d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale ou d'une activité professionnelle* » ; v. égal., L. n° 78-22 du 10 janv. 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, *JORF* du 11 janv. 1978, p. 299, dont l'art. 3 disposait « *Sont exclus du champ d'application de la présente loi : - les prêts [...] qui sont destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle* ».

⁶⁹⁸ Sur ce point : V. par ex., G. NICOLAU, « Le commerçant qui fait installer dans son magasin un système d'alarme se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur : application à l'opération de la réglementation du démarchage et du crédit mobilier », *D.*, 1993, p. 87, spéc. n° 6, note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, n° 89-15.860 ; *Bull. civ. I*, n° 162.

⁶⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1993 ; CCC, 1994, n° 3, obs. L. LEVENEUR ; *D.*, 1994, somm., p. 236, obs. G. PAISANT ; *Deffrénois*, 1994, p. 818, obs. D. MAZEAUD. Dans le même sens, Cass. com., 10 mai 1994, n° 92-22.075 ; *D.*, 1995, somm., p. 89, obs. D. MAZEAUD, CCC, 1994, n° 155, obs. L. LEVENEUR.

⁷⁰⁰ D. ROBINE, « Clause abusive : le professionnel n'est pas nécessairement celui qui exerce une activité professionnelle réelle », *Chron. de droit de l'activité professionnelle* n° VI (1^{ère} partie), *LPA*, 25 mars 2003, n° 60, p. 7.

professionnels qui ne se trouvaient donc pas toujours protégés par les dispositions du droit de la consommation ; leur protection était souvent absente en raison de la rigidité de la jurisprudence⁷⁰¹. En outre, celle-ci demeurait une source d'insécurité et d'incertitude car controversée sur l'application des critères de compétence professionnelle et du lien avec les besoins de la profession ou de l'activité professionnelle, ces dernières se retrouvant d'ailleurs au travers du critère du lien direct.

196. - **Articulation des critères.** Certains auteurs ont alors proposé de combiner l'application des critères de compétence et des besoins pour limiter les divergences de solutions et apporter une ébauche de définition de la notion de rapport direct par leur intermédiaire⁷⁰². À cette occasion le Professeur PAISANT envisage la prise en compte d'un critère complémentaire relatif à « l'infériorité économique du contractant »⁷⁰³, ce qui semble des plus promoteurs dans la perspective d'une reconnaissance et d'une réelle considération du petit professionnel. Pour être véritablement pragmatique, ce critère conduit, en effet, à tenir compte de la taille du contractant professionnel.

197. - **Abandon et remplacement du critère.** Dès l'année 1995, ce critère a rapidement été délaissé au profit d'un autre critère plus précis, et plus évocateur : celui de rapport direct, qui a fait son apparition particulièrement en matière de clauses abusives. Désormais, lorsque le contrat en cause a « *un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le contractant* », celui-ci ne peut pas prétendre bénéficier des dispositions consuméristes⁷⁰⁴.

D. Le critère du rapport direct

198. - **Explications.** L'approche apparaît plus précise avec ce critère puisqu'il s'agit de constater le lien ou, au contraire, l'absence de lien de l'acte passé avec l'activité professionnelle du contractant. Précisément, il convient d'opérer une distinction entre la

⁷⁰¹ G. NICOLAU, note préc., n° 6.

⁷⁰² G. PAISANT, « À la recherche du consommateur. – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct » », *JCP G.*, n° 13, 2003, I, 121, spéc. n° 18.

⁷⁰³ G. PAISANT, *ibid.*

⁷⁰⁴ V. en ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227 ; *Bull. civ.* n° 54 ; CCC, 1995, n° 84, note L. LEVENEUR ; *D.*, 1995, p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.*, 1995, p. 310, obs. J.-P. PIZZIO ; *D.*, 1995, p. 327, note G. PAISANT ; *RTD civ.*, 1995, p. 360, obs. J. MESTRE ; *JCP*, 1995, I, 3893, n° 28, obs. G. VINEY.

raison du contrat conclu et la profession exercée par le contractant, ainsi que d'apprécier leur lien. Cette notion de rapport direct, ou théorie du lien direct, a ainsi permis de déterminer qu'un professionnel ne peut être considéré comme un consommateur lorsqu'il conclut un acte en relation directe avec sa profession.

199. - **Plan.** De nouveau, son intérêt (1), son appréciation (2), puis enfin la critique de cette approche (3) vont aider à l'analyse de ce critère.

1. Intérêt du critère

200. - **Présentation.** Plus étroit, le critère du rapport direct a très rapidement pris le pas sur les précédents critères énoncés, demeurant longtemps la référence pour apprécier les personnes susceptibles de bénéficier de la législation consumériste. Si le rapport direct entre le contrat conclu par une personne et son activité caractérise bien évidemment celle-ci en tant que consommateur ou non, la question de l'extension de son application s'est posée. Ce critère est, en effet, très rapidement apparu comme une solution efficace et appréciable à la protection de certains professionnels par le droit de la consommation⁷⁰⁵. De plus, grâce à cela la protection offerte par celui-ci aux seules personnes physiques n'a plus été limitée et a pu s'étendre aux personnes morales.

201. - **Confirmation.** L'application de ce critère a par la suite été confirmée à de nombreuses reprises, tant en matière de démarchage à domicile⁷⁰⁶ que de clauses abusives⁷⁰⁷. Son utilisation par la jurisprudence a ainsi permis de mettre en évidence l'importance du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond en la matière⁷⁰⁸, ce qui justifie désormais de revenir plus précisément sur cette question.

⁷⁰⁵ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ. 24 janv. 1995, n° 92-18.227, JurisData n° 1995-000267 ; *D.*, 1995, p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.*, 1995, p. 310, obs. J.-P. PIZZIO ; *D.*, 1995, p. 327, note G. PAISANT ; *RTD civ.*, 1995, p. 360, obs. J. MESTRE ; *CCC*, 1995, comm. 84, note L. LEVENEUR.

⁷⁰⁶ V. pour une analyse détaillée : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 130 et s., p. 126 et s.

⁷⁰⁷ Sur lesquelles : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, op. cit.*, n° 137 et s., p. 130 et s.

⁷⁰⁸ En ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 17 juill. 1996, n° 94-14.662 ; *Bull. civ. I*, n° 331, p. 231 ; *JCP G.*, 1996, II, 22747, note G. PAISANT ; *Deffrénois*, 1997, p. 346, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2001, n° 99-12.512 ; *Bull. civ. I*, n° 209, p. 132 ; *D.*, 2001, p. 2828, obs. C. RONDEY ; *D.*, 2002, p. 932, obs. O. TOURNAFOND ;

2. *Appréciation du critère*

202. - **Appréciation délicate.** Les résolutions au cas par cas et le pouvoir souverain des juges du fond n'ont pas été sans poser des difficultés. Des interrogations sont apparues quant à l'appréciation du critère du rapport direct. Fallait-il tenir compte de l'état d'ignorance dans lequel se trouve le professionnel concerné, voire de sa compétence, subsiste de l'ancienne appréciation. Valait-il mieux privilégier une appréciation *in concreto*, conduisant bien souvent à une exclusion de tous les professionnels, ou une appréciation *in abstracto*, plus souple mais source de divergences⁷⁰⁹. Plusieurs approches ont été mises en évidence. Dans un sens strict, le contractant agissant dans le cadre de ses fonctions établissait le rapport direct⁷¹⁰. D'une manière plus large, le critère du rapport direct renvoyait à la finalité du contrat portant sur l'activité professionnelle du contractant qui, dans cette hypothèse, agissait directement dans le cadre de sa spécialité⁷¹¹. Son application a été rendue délicate par cette double vision : d'abord d'une conception objective par l'existence d'un lien direct si le contrat intègre l'objet social du professionnel, et ensuite d'une conception subjective par l'existence d'un rapport direct si le contrat a une finalité professionnelle, ou s'il n'entre pas dans l'objet social. Tout particulièrement, dans la seconde conception, une grande place était accordée à l'appréciation souveraine des juges du fond, engendrant dès lors un potentiel risque pour la sécurité juridique.

203. - **Insécurité juridique.** L'insécurité juridique engendrée par l'appréciation souveraine des juges du fond a souvent été évoquée à l'encontre de ce critère du rapport direct. L'évocation de quelques exemples permettra de se convaincre aisément de cette situation et des contradictions créées⁷¹². Toutefois, ce risque d'insécurité juridique doit être

RTD civ., 2001, p. 873, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G.*, n° 27, 2002, doct. 148 chron. de droit des obligations, J. GHESTIN (dir.), obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

⁷⁰⁹ Sur ce point, v. not., G. PAISANT, « À la recherche du consommateur. – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct » », préc., spéc. n° 6.

⁷¹⁰ F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. Évry-Val-d'Essonne, dir. D. HOUTCIEFF, 2015, n° 70, p. 53.

⁷¹¹ Ce qui pouvait conduire à un rapprochement avec le critère de la compétence précédemment évoqué et abandonné par la jurisprudence.

⁷¹² V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 3 janv. 1996, n° 93-19.322 (s'agissant de la conclusion d'un contrat d'abonnement pour l'alimentation en eau d'une usine de verrerie) ; Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 1996, n° 93-18.684 (s'agissant d'un contrat de crédit-bail pour un système informatique de gestion de clientèle) ; *D.*, 1996, p. 228, note G. PAISANT. Le Professeur PAISANT s'est ainsi interrogé sur les conditions d'application du critère du rapport direct par une appréciation *in concreto* ou *in abstracto*, ou encore par le biais du critère de compétence.

nuancé lorsqu'en pratique, l'appréciation des juges demeurerait relativement sévère, l'existence d'un rapport ou lien direct étant majoritairement retenue. Dans ces conditions, le bénéfice des dispositions consuméristes était rarement accordé au professionnel en cause⁷¹³. Cela permet de douter de l'intérêt d'un tel critère vu qu'à cet égard ni le professionnel, ni *a fortiori* le petit professionnel, n'étaient en mesure de profiter pleinement d'une quelconque protection.

204. - **Objet social et personnes morales.** Dans l'hypothèse d'un contrat conclu par une personne morale, la Cour de cassation a pu être amenée à utiliser le critère direct avec l'objet social. L'application de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation fournit des exemples précis permettant de mettre en évidence les conséquences engendrées lorsque l'acte en cause est en rapport avec l'objet social de la personne morale concernée. Ainsi, le bénéfice de cet article a également été refusé à une SCI qui avait régularisé une promesse de vente en rapport direct avec son objet social⁷¹⁴. De même, l'acquéreur non professionnel se trouve exclu lorsque l'acte litigieux est en rapport avec l'objet social du contractant⁷¹⁵. En revanche, il faut rappeler que, par exemple, le bénéfice de la protection contre les clauses abusives peut être accordé à une personne morale en sa qualité de non-professionnel⁷¹⁶.

205. - **Application aux associations.** Le critère du rapport direct a notamment permis d'inclure les associations au sein de la protection consumériste⁷¹⁷ mais son application n'a toutefois pas été sans problèmes ni sans questions⁷¹⁸.

206. - **Limites.** Le critère du rapport direct conduit en outre à l'exclusion de certains professionnels. De surcroît, il a été constaté que le nombre d'arrêts ayant écarté l'existence

⁷¹³ À titre d'illustration : Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910 (s'agissant de l'annulation du cautionnement souscrit par un actionnaire auprès d'une société réalisant un acte d'investissement en rapport avec son activité).

⁷¹⁴ Cass. 3^{ème} civ., 16 sept. 2014, n° 13-20.002 : JurisData n° 2014-021431 ; *JCP N.*, n° 15, 2015, 1119, note J.-P. GARCON.

⁷¹⁵ Cass. 3^{ème} civ., 24 oct. 2012, n° 11-18.774 ; *Bull. civ.* III, n° 153 ; *D.*, 2013, p. 280, obs. S. COLMANT, note C. BLANCHARD ; *D.*, 2013, p. 391, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *D.*, 2013, pan., p. 945, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJDI*, 2013, p. 374, obs. F. COHET-CORDET ; *Bull. Joly*, 2013, p. 130, note M.-H. MONSERIE-BON ; *JCP*, 2012, 1401, note L. LEVENEUR ; *JCP E.*, 2012, 1761, note L. LEVENEUR ; *CCC*, 2013, n° 3, note L. LEVENEUR.

⁷¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 ; *Bull. civ.* I, n° 135 ; *D.*, 2005, p. 1948, note A. BOUJEKA ; *D.*, 2005, pan., p. 2836, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2005, p. 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.*, 2005, p. 401, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.*, 2005, p. 631, obs. M. LUBY ; *RTD com.*, 2006, p. 182, obs. B. BOULOC.

⁷¹⁷ V. par ex., Cass. 1^{ère} civ. 27 sept. 2005, n° 02-13.935 ; *D.*, 2006, p. 238, note Y. PICOD ; *RDC*, 2006, n° 2, p. 359, note M. BRUSCHI. Pour une approche plus détaillée : v. Y. PICOD, « Notion de consommateur : le critère du rapport direct appliqué à une association », *D.*, 2006, p. 238, n° 3.

⁷¹⁸ V. *supra* n° 198 et s.

d'un rapport direct entre le contrat litigieux et l'activité du professionnel concerné n'était pas légion⁷¹⁹. Ainsi, à titre illustratif, aucune protection d'un professionnel contre les clauses abusives n'a été permise, ni réalisée par ce critère. Dans ces conditions, il n'assure pas une prise en compte sûre de l'ensemble des professionnels « faibles » ni de surcroît du petit professionnel dans le champ du droit de la consommation.

3. Critique de l'approche et rejet du critère

207. - **Appréciation des juges du fond.** L'appréciation principalement et même exclusivement laissée aux juges du fond dans l'application de ce critère a conduit à une certaine instabilité et à des risques portant sur les limites précises pour déterminer le champ d'exercice du droit de la consommation⁷²⁰.

208. - **Confusion.** En l'absence de définition légale du rapport direct, la jurisprudence a eu seule la charge d'en préciser les contours. En raison des difficultés d'appréciation et des doutes engendrés elle se fit empreinte de contradictions ; le Professeur PAISANT constate alors le « *règne de la diversité dans lequel fleurissent les décisions contradictoires* »⁷²¹. C'est ainsi que certaines d'entre elles ouvraient largement la protection consumériste aux professionnels considérés comme de véritables consommateurs, tandis que d'autres, plus restrictives se limitaient à reconnaître la qualité de professionnel du contractant et l'existence d'un rapport direct pour l'exclure de toute protection. Une partie de la doctrine s'est ainsi opposée à l'application de ce critère⁷²².

209. - **Fin de l'hypocrisie.** L'approche réalisée par le biais du critère du rapport direct est apparue insatisfaisante. Pour le Professeur PICOD, il était devenu nécessaire de sortir de « *l'hypocrisie [...] consistant à faire semblant d'appliquer au professionnel une*

⁷¹⁹ V. G. PAISANT, « Quel est le consommateur protégé par les clauses abusives des contrats ? », *JCP G.*, 2002, n° 31, II, 10123, spéc. n° 6, note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, n° 00-18.202, JurisData n° 2002-013317.

⁷²⁰ En ce sens, G. PAISANT, « À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du rapport direct », *JCP G.*, 2003, I, 121.

⁷²¹ G. PAISANT, « Quel est le consommateur protégé par les clauses abusives des contrats ? », note préc., spéc. n° 7, où l'auteur reprend de nombreuses décisions divergentes notamment des juges du fond en matière, d'une part, de contrats conclus pour la surveillance de locaux professionnels et, d'autre part, des contrats relatifs à l'acquisition, la location ou la maintenance de matériels d'équipement, les juges se montrant dans certains cas plus favorables à l'existence d'un rapport direct.

⁷²² J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-il ? », *D.*, 1997, p. 260, n° 9 ; en ce sens v. égal., L. LEVENEUR, *CCC*, 1995, comm., n° 84, note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, préc.

règle de protection avec un critère qui conduit en réalité à son exclusion »⁷²³. De fait, ce critère ne permettait que très rarement de protéger le professionnel et tout spécialement le petit professionnel puisqu'il s'appliquait en particulier aux contrats accessoires à leur activité.

210. - **Abandon du critère.** Longtemps demeuré le critère principal pour prendre en compte la fragilité inhérente au professionnel partie faible, et donc au petit professionnel, le critère du rapport direct a désormais été abandonné par le droit contemporain.

211. - **Échec pour le petit professionnel.** Au regard de ce qui précède, le critère du rapport direct apparaît inadapté à la situation du petit professionnel. En effet, excepté la dénaturation qu'il a engendrée quant aux notions de consommateur et de professionnel, ce critère apparaît véritablement « *déconnecté du problème de la protection des économiquement faibles* »⁷²⁴. De surcroît, « *le critère du lien direct ne permet [...] pas de poser pertinemment le problème des déséquilibres de puissance économique* »⁷²⁵ ce qui, par principe, ne satisfait pas la position du petit professionnel. Il faut alors se tourner vers le nouveau critère légal pour appréhender une éventuelle protection du petit professionnel par le droit de la consommation.

E. La prise en compte du nouveau critère légal de l'activité professionnelle

212. - **Présentation.** Désormais les nouvelles dispositions tiennent compte d'un critère unique pour appréhender la distinction entre consommateur et professionnel, permettant ainsi d'exclure plus facilement ce dernier de toute protection consumériste. Il s'agit du critère tiré de la finalité professionnelle de l'acte entrepris. Dans une certaine mesure, ce critère de l'activité exercée par le professionnel semble découler et même constituer le prolongement de l'ancien critère de la compétence⁷²⁶. Le professionnel étant celui « *qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité* »⁷²⁷ et donc *in fine* à des fins professionnelles, il n'apparaît plus nécessaire de faire référence au critère du « rapport direct », ni à celui de la « compétence » ou encore des « besoins professionnels ». L'idée

⁷²³ Y. PICOD, « Notion de consommateur : le critère du rapport direct appliqué à une association », art. préc.

⁷²⁴ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-il ? », art. préc., n° 10.

⁷²⁵ J.-P. CHAZAL, art. préc., spéc. n° 9.

⁷²⁶ L'idée étant qu'un professionnel n'agira pas toujours dans le cadre de son activité donc de son domaine présumé de compétence.

⁷²⁷ C. consom., art. lim.

semble donc inscrite selon laquelle la personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle ne peut être considérée comme un consommateur.

213. - **Plan.** L'étude de l'apparition et de l'intérêt de ce critère (1) va précéder son appréciation (2).

1. Apparition et intérêt du critère

214. - **Prémices et éclosion progressive.** Les juges européens avaient déjà mis en évidence l'importance d'appréhender le critère tiré de l'activité professionnelle comme critère essentiel à l'intégration ou non des professionnels dans le cadre de la protection consumériste. Ainsi, par un arrêt du 03 juillet 1997, la Cour de justice des Communautés européennes a retenu que « *seuls les contrats conclus aux fins de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu relèvent des dispositions protectrices du consommateur en tant que partie réputée économiquement plus faible. La protection particulière voulue par ces dispositions ne se justifie pas en cas de contrats ayant comme but une activité professionnelle* »⁷²⁸. Cette position revient à privilégier « *la nature et la finalité* » du contrat en cause et non « *la situation subjective* » de la personne l'ayant conclu⁷²⁹.

215. - **Exclusion du critère personnel au profit du critère relatif à l'objet du contrat : finalité professionnelle ou économique ?** Le critère personnel ne semble pas constituer une approche efficace pour envisager l'application du droit de la consommation à certains professionnels. Aussi, la distinction entre professionnel et consommateur connaît des limites, leur opposition n'étant pas totalement insurmontable. Une personne physique exerçant une activité professionnelle se trouve également amenée à agir comme un consommateur dès lors qu'elle exerce une activité de loisir, par exemple, ou plus largement une activité portant sur l'assouvissement de ses besoins personnels et privés. Une difficulté apparaît ainsi lorsque l'analyse se concentre sur la situation des personnes morales. En effet, la capacité de ces dernières est limitée par leur statut de sorte qu'elle est directement liée à leur objet social qui lui-même détermine leur « profession »⁷³⁰. Dans ces conditions, si

⁷²⁸ CJCE, 6^{ème} ch., 3 juill. 1997, *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, aff. C-269/95, Rec. Jur., p. I-03767, spéc. paragraphe n°17.

⁷²⁹ CJCE, 6^{ème} ch., 3 juill. 1997, préc., paragraphe n°6.

⁷³⁰ Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales*, th. Clermont-Ferrand, 1973, n° 21 et s.

certain professionnels, personnes physiques, constituent des consommateurs quand ils sont amenés à agir en tant que tels pour leurs besoins privés ou familiaux, ce n'est pas le cas d'une personne morale qui n'a pas de vie privée⁷³¹. C'est pourquoi le critère de la cause de l'acte, et donc de l'objet du contrat, est apparu pour certains comme le critère susceptible d'accorder ou non la qualité de consommateur⁷³². Un auteur a ainsi soutenu que « *la professionnalité réside dans l'exercice d'une activité* »⁷³³.

216. - **Conséquence.** Dans ces conditions, et à première vue, un vendeur ou un prestataire de services agissant sans lien avec son activité professionnelle est susceptible de bénéficier de la protection consumériste. À l'inverse, lorsque l'acte est accompli par le même professionnel dans le cadre de son activité, il ne peut pas relever du droit de la consommation.

2. *Appréciation du critère*

217. - **Application.** La nouvelle définition du consommateur consacrée par la loi « Hamon » du 17 mars 2014 a donné lieu à des discussions qui demeurent d'actualité⁷³⁴. Il en est de même de la notion de professionnel qui est basée sur un critère similaire. Aussi, ni l'une ni l'autre apportent la sécurité juridique souhaitée, notamment chaque fois qu'un professionnel se procure un bien d'équipement ou un service lié à ce dernier⁷³⁵. L'appréciation du nouveau critère permettant de déterminer la qualité de professionnel ou non d'un contractant a très rapidement donné lieu à des discussions et à des craintes. Un auteur a ainsi pu relever que « *selon les circonstances, un professionnel agissant dans le cadre de son*

⁷³¹ Rapp. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 : CCC, n° 5, 2016, comm. 43, note A. LEPAGE ; *Dr. Sociétés*, n° 6, 2016, comm. 98, note R. MORTIER ; *D.*, 2016, p. 1116, note G. LOISEAU ; *D.*, 2016, p. 2365, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; *D.*, 2017, p. 181, obs. E. DREYER ; *JA*, 2016, n° 538, p. 15, obs. R. FIEVET ; *Rev. Sociétés*, 2016, p. 594, note L. DUMOULIN ; *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 309, obs. Th. GISCLARD ; *RTD civ.*, 2016, p. 321, obs. J. HAUSER ; *Bull. Joly*, 2016, p. 10, note D. PORACCHIA ; *JCP E.*, 2016, 1473, note T. STEFANIA. Cet arrêt publié énonce, en effet, que « *si les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du code civil* ».

⁷³² En ce sens, D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante, op. cit.*, n° 178, p. 111 et 112.

⁷³³ D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante, op. cit.*, spéc., n° 196, p. 122.

⁷³⁴ V. *supra* n° 46 et s.

⁷³⁵ G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », préc., n° 9, p. 340, où l'auteur évoque les hypothèses du dentiste, mais aussi de l'avocat qui achète ou loue un bien sans rapport avec leur spécialité, tel que vu dans l'exemple du système d'alarme installé dans un magasin, de sorte que l'établissement de l'acte dans le cadre de leur activité professionnelle pourrait être discuté.

activité habituelle pourrait ne pas être reconnu comme... professionnel ! »⁷³⁶. À cette problématique, s'ajoute celle, assez proche, de la double finalité de l'acte conclu.

218. - **Hypothèse de la double finalité de l'acte.** Dès lors que le critère de la finalité de l'activité professionnelle exercée constitue l'élément central conduisant à l'application ou non de la réglementation consumériste, sa mise en œuvre apparaît particulièrement délicate lorsque l'acte conclu porte sur un bien ou un service destiné pour partie à un usage professionnel et pour partie à un usage privé. Par exemple, lorsqu'un professionnel se porte acquéreur d'un véhicule automobile, il arrive fréquemment que celui-ci soit utilisé à la fois dans le cadre de son activité professionnelle et aussi pour ses besoins personnels et privés. Il en est de même, de l'installation d'une alarme ou d'un système de télésurveillance dans la maison d'un médecin, d'un dentiste, ou d'un kinésithérapeute où se trouve le cabinet médical. Si l'importance de la part professionnelle de l'acte semble essentielle pour le législateur européen⁷³⁷, le législateur français n'a procédé à aucune adaptation ou partage de sorte que la part personnelle semble devoir suivre la part professionnelle si l'activité exercée est concernée par l'acte, peu importe son caractère prédominant ou non⁷³⁸.

219. - **Rémunération de l'acte et caractère lucratif de l'activité.** La question se pose de savoir si le caractère lucratif de l'activité constitue un critère suffisant pour apprécier son caractère professionnel. À l'image du raisonnement adopté par la Cour de cassation dans l'arrêt relatif à la SPA⁷³⁹, faut-il considérer qu'un acte réalisé sans contrepartie financière est toujours accompli en dehors de l'activité professionnelle de la personne concernée ? Les hauts magistrats ont, semble-t-il, estimé cela en décidant que la SPA est exclue de la catégorie des professionnels lorsqu'elle « procède au don de chiens », acte pour lequel elle n'a perçu aucune rémunération. Pourtant, il apparaît audacieux de conclure qu'une personne offrant gracieusement un avantage ou un cadeau à l'un de ses partenaires agit à chaque fois à des fins étrangères à son activité professionnelle. C'est pourquoi, affirmer sans nuance que tout don ou acte dépourvu de rémunération est exempt de finalité professionnelle apparaît manifestement hasardeux.

⁷³⁶ G. PAISANT, « La SPA est-elle le professionnel du Code de la consommation ? », *JCP G.*, n° 36, 2016, 924, note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236.

⁷³⁷ Directive 2011/83/UE, préc., dont le considérant n° 17 indique : « en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur ».

⁷³⁸ En ce sens, G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, JCl., Conc. Cons., fasc. 800, 2016, spéc. n° 29.

⁷³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, préc.

220. - **Constat.** Le critère de l'activité est discutable dans le cadre de l'étude du petit professionnel. Effectivement, il ne reflète absolument pas la réalité de celui-ci car la prise en compte de l'activité exercée et donc la compétence acquise ou non par le professionnel ne préjuge en rien de sa taille. De ce fait, le petit professionnel n'est pas précisément considéré. Les efforts sont donc à poursuivre afin de découvrir son existence et sa présence spécifique.

221. - **Risque.** Si pour certains « *la protection des professionnels « faibles » ne fait que déplacer les frontières de cette matière [le droit de la consommation], sans pour autant empiéter sur sa cohérence* »⁷⁴⁰, l'inadéquation de la solution ressort clairement. D'une part, il n'est pas certain que le droit de la consommation ait pour vocation d'appréhender et de traiter la protection du petit professionnel au même titre que celle du consommateur, et ce uniquement en raison de sa vocation protectrice : le droit de la consommation ne détient pas le monopole du protectionnisme. D'autre part, le domaine d'action du petit professionnel est beaucoup plus large que celui du consommateur qui se limite à contracter pour ses besoins personnels et de la vie courante, le petit professionnel quant à lui est amené à traiter dans différents domaines et pour diverses raisons, professionnelles ou non ; en ce sens les limites du champ d'action du droit de la consommation sont trop restreintes.

En résumé, étendre les frontières du droit de la consommation au bénéfice du petit professionnel n'est pas cohérent, ni suffisant, et cela n'a pas vocation à rendre efficace la protection mise en place. En effet, si le petit professionnel peut, dans une certaine mesure, profiter d'une protection, il s'en trouve aussi souvent exclu ; cela risque alors de générer une protection « à la carte ». C'est pourquoi, la défense de la protection du petit professionnel par le biais du droit de la consommation n'est pas raisonnable.

222. - **La question du lien entre profession et activité habituelle : le professionnel « sans activité professionnelle » ? Enjeux nouveaux ou nouveau critère ?** L'un des enjeux du nouveau critère adopté sera finalement de définir ce que constitue véritablement une activité professionnelle⁷⁴¹. Dans cette hypothèse, la prise en compte du petit professionnel

⁷⁴⁰ P. HABA, *Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé*, th. préc., n° 293, p. 215.

⁷⁴¹ Par ex., une personne formatrice de profession qui de manière occasionnelle propose des services d'agent immobilier, peut-elle prétendre exercer ce deuxième travail comme une réelle activité professionnelle ? En effet, s'il peut apparaître comme un véritable professionnel de l'immobilier, il n'est pas certain qu'il en fasse son activité principale. V. not. sur cette question : D. LOCHOUARN, *La profession, Approche juridique de la notion*, th. Lyon III, 1998. L'auteur procède ainsi à une distinction entre la profession et l'exercice d'une activité

apparaît de nouveau reléguée au second plan. Parfois, la Cour de cassation a paru réticente à protéger le professionnel par le biais de la législation consumériste que même lorsque l'activité prétendument exercée par ce dernier ne paraissait pas toujours réelle ou habituelle, elle a quand même été considérée comme existante, conduisant naturellement à l'exclusion de toute protection⁷⁴². Ainsi, une césure entre la qualité de professionnel et l'activité professionnelle véritablement exercée a pu être relevée⁷⁴³. Pourtant, dès lors que le critère de l'activité professionnelle est privilégié, il est légitime de s'interroger sur l'approche qui sera opérée, le risque d'exclusion quasi-automatique du petit professionnel du champ de protection étant réel. Bien que les textes et les enjeux apparaissent différents, la crainte due à une hausse probable du pourcentage d'exclusion émerge, ce qui ne solutionne pas la problématique. En outre, cette démarche conduit à faire confiance à l'appréciation souveraine des juges du fond dans la qualification de l'activité professionnelle, ce qui laisse encore plus de place aux doutes et incertitudes. Il convient de pallier ces préoccupations, surtout qu'ici les enjeux sont d'importance puisqu'il est question de l'application de normes protectrices pouvant avoir un véritable impact sur la situation pratique et concrète d'un petit professionnel. Ces difficultés ont d'ailleurs été rencontrées concernant la qualification du commerçant, et il est sans nul doute souhaitable d'éviter de nouveau ce problème⁷⁴⁴, étant observé que la réalité d'une telle question n'exclut en rien les craintes existantes.

De surcroît, le critère de l'activité professionnelle ne paraît pas satisfaisant dès lors que le petit professionnel est conduit à traiter dans le cadre de son activité avec d'autres professionnels face auxquels il se trouve potentiellement en situation de faiblesse.

223. - **Conséquences.** En considération des éléments précédents, le petit professionnel n'apparaît toujours pas protégé spécifiquement par le droit de la consommation. L'espoir semble toutefois permis car l'hypothèse spécifique des contrats conclus hors établissement semble offrir une opportunité en vue de la protection du petit professionnel.

professionnelle en évoquant deux hypothèses : d'une part, la personne qui a une profession sans exercer d'activité professionnelle et d'autre part, la personne qui exerce une activité professionnelle sans avoir de profession, spéc. n° 154 et s., p. 169 et s.

⁷⁴² Pour illustrer ce propos de manière discutable : Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2002 ; *Bull. civ. I*, n° 143, p. 110.

⁷⁴³ D. ROBINE, « Clause abusive : le professionnel n'est pas nécessairement celui qui exerce une activité professionnelle réelle », préc.

⁷⁴⁴ D. ROBINE, « Clause abusive : le professionnel n'est pas nécessairement celui qui exerce une activité professionnelle réelle », préc., s'agissant particulièrement de la présomption irréfragable ou simple de la qualité de commerçant résultant de l'inscription d'une personne physique au registre du commerce et des sociétés, présomption posée par l'article L. 123-7 du Code de commerce.

F. L'hypothèse spécifique des contrats conclus hors établissement

224. - **Présentation.** Jusqu'à maintenant, la protection du petit professionnel par les dispositions consuméristes n'a été recherchée qu'au travers d'une extension de la qualité de consommateur ou de non-professionnel. Néanmoins, le législateur a également inséré dans le Code de la consommation des dispositions permettant d'assurer directement, et de manière plus évidente, une protection de celui-ci. Le petit professionnel est, en effet, susceptible de faire l'objet d'une réelle bienveillance et de bénéficier de certaines dispositions protectrices offertes par la législation consumériste dans une hypothèse toute particulière : la conclusion d'un contrat hors établissement. Ainsi, aux termes de l'article L. 221-3 du Code de la consommation créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 : « *Les dispositions des sections 2, 3, 6 du présent chapitre [relatif aux contrats conclus à distance et hors établissement] applicables aux relations entre consommateurs et professionnels, sont étendues aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq* »⁷⁴⁵. Le législateur a ainsi considéré que les dangers et les risques existant dans la pratique des contrats conclus hors établissement⁷⁴⁶ se présentaient de la même façon et avec la même acuité pour le « client consommateur » et le « client professionnel » répondant aux deux conditions prévues⁷⁴⁷. C'est pourquoi dans cette hypothèse précise des contrats conclus hors établissement, les professionnels souvent considérés comme faibles, car contractant en dehors du champ de leur activité, et surtout les petits professionnels⁷⁴⁸, sont donc protégés de

⁷⁴⁵ Il convient de préciser que ces dispositions sont issues de l'article 9 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon ». (Personnellement et volontairement souligné).

⁷⁴⁶ Selon l'article L. 221-1, 2° du Code de la consommation, un contrat hors établissement est « *tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur* :

a) *Dans un lieu qui n'est pas celui où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle, en la présence physique simultanée des parties, y compris à la suite d'une sollicitation ou d'une offre faite par le consommateur ;*

b) *Ou dans le lieu où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle ou au moyen d'une technique de communication à distance, immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu différent de celui où le professionnel exerce en permanence ou de manière habituelle son activité et où les parties étaient, physiquement et simultanément, présentes ;*

c) *Ou pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur ».*

⁷⁴⁷ C'est ainsi que dans le cas des contrats conclus hors établissement « *l'asymétrie du rapport de force entre un professionnel et un petit professionnel qui ne contracte pas dans sa sphère habituelle est finalement semblable à celle qui peut exister entre un professionnel et un consommateur, justifiant un traitement identique* », G. CATTALANO, « Le « petit professionnel », presque un consommateur comme les autres », *LEDC*, n° 10, 13 nov. 2018, p. 4, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319.

⁷⁴⁸ Ici appréhendés comme tous les professionnels employant au plus cinq salariés.

manière directe et claire. En effet, lorsque le petit professionnel pourra justifier, d'une part, disposer d'un nombre de salariés inférieur ou égal à cinq et, d'autre part, conclure des contrats dont l'objet n'entre pas dans le champ de son activité principale, il pourra prétendre au bénéfice de la protection existante.

225. - **Conséquences et protection offerte.** En application de ces dispositions, le petit professionnel qui répond aux critères légaux va donc pouvoir bénéficier d'une partie de la législation protectrice prévue par les articles L. 221-1 et suivants du Code de la consommation relativement aux contrats conclus à distance et hors établissement. Plus précisément, il aura la possibilité d'invoquer les dispositions portant sur l'obligation d'information précontractuelle⁷⁴⁹, les dispositions particulières applicables aux contrats conclus hors établissement⁷⁵⁰, ainsi que les dispositions relatives au droit de rétractation⁷⁵¹. À l'inverse, le texte exclut expressément ce petit professionnel de la protection particulière prévue au titre des contrats conclus à distance, ou encore à la suite d'un démarchage téléphonique voire d'une prospection commerciale⁷⁵², ce qui est de nature à limiter la protection offerte à ce professionnel.

226. - **Problématique.** Si la question du nombre de salariés employés par le professionnel en cause ne semble pas en elle-même poser de réelles difficultés⁷⁵³, la problématique essentielle tient dans le fait de déterminer si l'objet de tel ou tel contrat entre ou non dans le champ de l'activité principale du professionnel concerné.

227. - **Limite.** Initialement le texte consacré est issu des réflexions européennes et plus particulièrement de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, transposée par la loi n° 2014-344 dite loi « Hamon » du 17 mars 2014. Cependant, l'approche choisie est véritablement limitée puisque la directive incitait ouvertement les États membres à élargir l'application des dispositions consuméristes à d'autres domaines, en décidant, par exemple, « *d'étendre l'application des règles de la*

⁷⁴⁹ Section 2 du Chapitre 1^{er} « Contrats conclus à distance et hors établissement », correspondant aux articles L. 221-5 à L. 221-7 du Code de la consommation.

⁷⁵⁰ Section 3 du Chapitre 1^{er} « Contrats conclus à distance et hors établissement », correspondant aux articles L. 221-8 à L. 221-10 du Code de la consommation.

⁷⁵¹ Section 6 du Chapitre 1^{er} « Contrats conclus à distance et hors établissement », correspondant aux articles L. 221-18 à L. 221-28 du Code de la consommation.

⁷⁵² Respectivement Section 4 (art. L. 221-11 à L. 221-15 du C. consom.) et Section 5 (art. L. 221-16 et L. 221-17 du C. consom.).

⁷⁵³ Même s'il faut toutefois relever le caractère particulièrement restrictif du seuil choisi.

présente directive à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des « consommateurs » au sens de la présente directive, comme les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises »⁷⁵⁴. De toute évidence, les critères posés par le législateur français circonscrivent tout spécialement la portée de ces dispositions. Aussi, l'insuffisante ambition de la jurisprudence a été relevée dans l'application de ces dispositions relatives à la protection du petit professionnel⁷⁵⁵. À cet égard, la problématique des contrats dont l'objet est susceptible d'entrer ou non dans le champ de l'activité principale du professionnel demeure.

228. - **Cumul de critères, application souple et complications.** La taille n'est pas l'unique critère auquel l'article étudié fait référence puisqu'il est aussi fait mention de l'objet du contrat, celui-ci ne devant pas être en lien avec l'activité exercée par le petit professionnel⁷⁵⁶. Dans sa récente décision du 12 septembre 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation a été confrontée au cas d'une architecte qui avait souscrit un contrat de création et de licence d'exploitation d'un site Internet de publicité pour son activité professionnelle. Elle a alors souhaité exercer son droit de rétractation. La question se posait de savoir si le contrat conclu hors établissement par l'architecte ayant moins de cinq salariés entrainait dans le champ de son activité principale. Les hauts magistrats ont estimé « *que la communication commerciale et la publicité via un site Internet n'entraient pas dans le champ de l'activité principale de Mme L., architecte* »⁷⁵⁷. Dans ces conditions, elle pouvait bénéficier du droit de rétractation. Il est intéressant de relever que si la Société de création du site Internet a soutenu que l'objet du contrat entrainait dans le champ de l'activité de la défenderesse au pourvoi puisque celui-ci était utile à son exercice et participait à la satisfaction des besoins de son activité professionnelle⁷⁵⁸, il n'entrainait pas dans le champ de

⁷⁵⁴ Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, *JOUE*, L 304/64 du 22 nov. 2011, considérant n° 13.

⁷⁵⁵ C. DUREZ, « Contrats hors établissement : le droit de la consommation au secours du petit professionnel », *D.*, 2019, p. 115, note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319. L'auteur regrette ainsi que la Cour de cassation n'ait pas saisi l'occasion pour « *éclaircir la situation des petits professionnels* ».

⁷⁵⁶ Pour une application récente de ces dispositions, V. Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319 ; CCC, n° 11, 2018, comm. 196, note S. BERNHEIM-DESSVAUX ; CCE, n° 11, 2018, comm. 82, note G. LOISEAU ; *Constr. – urb.*, n° 11, 2018, comm. 159, note Ch. SIZAIRE ; LEDC, n° 10, 13 nov. 2018, p. 4, obs. G. CATTALANO ; *D.*, 2019, p. 115, note C. DUREZ ; *D.*, 2019, pan., p. 607, obs. H. AUBRY ; *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 125, obs. J. GROFFE, s'agissant d'une architecte ayant conclu un contrat pour assurer la publicité de son activité au travers d'un site Internet. *Contra* : Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 2017, n° 16-11.207, s'agissant d'une sophrologue démarchée dans le cadre de son activité professionnelle.

⁷⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, préc.

⁷⁵⁸ En l'occurrence, les prestations en cause assuraient la visibilité de son activité et avaient donc un rapport direct avec celle-ci.

l'activité principale⁷⁵⁹. L'ajout de ce critère permet en réalité d'exclure la protection en cause lorsque le petit professionnel contracte pour tout ce qui est en lien avec son activité, laissant ainsi la protection agir seulement pour les actes de « consommation ». Cela permet de ne pas dénaturer totalement la vocation du droit de la consommation, mais n'aide pas à la protection générale du petit professionnel.

229. - **Synthèse.** Le Professeur MAZEAUD constate à juste titre : « *les professionnels n'ont pas, en droit positif, grand-chose à attendre du droit de la consommation dont ils sont résolument exclus par les autorités chargées de sa mise en œuvre* »⁷⁶⁰. Ainsi, le petit professionnel se retrouve globalement exclu de la protection consumériste, à l'exception de l'hypothèse marginale des contrats conclus hors établissement⁷⁶¹. Si la protection du petit professionnel par le droit de la consommation n'est pas toujours possible, elle apparaît pour certains souhaitable⁷⁶². Par bien des aspects, dans la même situation que le consommateur⁷⁶³, serait-il alors concevable d'envisager un traitement identique pour ce petit professionnel ? Cohérence et pragmatisme s'imposent. Le droit de la consommation doit certes demeurer l'écrin de la protection consumériste, mais cela ne justifie pas que le petit professionnel doit être exclu de toute protection⁷⁶⁴, n'en bénéficiant que ponctuellement⁷⁶⁵. Tenter de généraliser l'application du droit de la consommation à toutes les situations opposant des faibles à des forts ne fournit pas une réponse idéale chaque faiblesse ayant ses propres caractéristiques.

⁷⁵⁹ En ce sens, la Haute juridiction appuie l'objectif poursuivi par le législateur visant à faire du champ de l'activité principale le critère essentiel d'appréciation en lieu et place du critère du rapport direct précédemment pris en compte.

⁷⁶⁰ D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, 2004, p. 697, spéc., p. 709.

⁷⁶¹ Qui s'adresse, comme cela a été vu, à ce qu'il est possible de qualifier de « *micro-professionnel* » et non au petit professionnel.

⁷⁶² V. not., J.-D. PELLIER, « Le domaine de l'article L. 132-1 du Code de la consommation : la question des sociétés commerciales », note sous Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-26.416, *LPA*, 2014, n° 90, p. 10. L'auteur soutient ainsi : « *En opportunité, il ne serait donc pas choquant de prôner l'application ponctuelle des dispositions du Code de la consommation aux sociétés commerciales, d'autant que l'on sait que le droit de la consommation n'a pas exclusivement pour finalités la protection du consommateur, mais également la régulation du marché, qui passe notamment par l'organisation d'une saine concurrence* ».

⁷⁶³ Parfois, le professionnel peut d'ailleurs sembler mieux protéger que le consommateur, v. en ce sens, D. MAZEAUD, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 517, spéc. n° 21, p. 531.

⁷⁶⁴ À cet égard, il a été relevé que « *la tendance jurisprudentielle qui tend à dilater la notion de consommateur pour étendre les régimes de protection illustre les inconvénients d'une catégorie de personnes vulnérables prédéfinie* » : F. FIECHTER-BOULVARD, « Rapport de synthèse », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 322 et s., spéc. p. 326-327.

⁷⁶⁵ Il semble déjà rompre en partie avec la vision générale du professionnel qui, lui, se trouve pratiquement toujours exclu de toute protection consumériste.

L'intégration du petit professionnel dans la protection consumériste est donc compromise⁷⁶⁶. Sa notion a ainsi vocation à mettre fin aux controverses visant à inclure ou à exclure certains professionnels du champ du droit de la consommation, en permettant leur prise en compte. Elle doit également aider à transcender les critères de technique, ou de compétence : « *un professionnel n'est pas toujours en mesure lorsqu'il contracte, fût-ce dans son domaine habituel d'activité, de défendre correctement ses droits, [...] il existe, en d'autres termes, des contrats d'adhésion conclus entre professionnels eux-mêmes* »⁷⁶⁷. En faire le constat est encourageant, mais il faut tenter d'en prévenir les excès ; la notion de petit professionnel semble alors être la voie pour cela. L'absence de prise en compte concrète des inégalités économiques génère une protection abstraite et irrégulière, conduisant à un phénomène tant de « sous-protection » que de « surprotection » de certains contractants. En outre, cela démontre de nouveau les limites des critères précédemment étudiés, même celui de l'activité professionnelle : celle-ci n'est pas la garante de la faiblesse ou non d'un professionnel puisqu'elle n'assure aucune bienveillance à l'égard du petit professionnel. Enfin, si le droit de la consommation constitue vraisemblablement « *un droit de régulation du marché* »⁷⁶⁸, du point de vue du petit professionnel, le bénéfice demeure contestable et incertain, sa protection subsistant de manière très résiduelle.

230. - **Transition.** Le droit de la consommation n'ayant pas vocation à prendre en compte l'intégralité de la protection des contractants en situation de vulnérabilité, il est intéressant d'étudier la position du professionnel dans le cadre du droit des contrats ou encore du droit de la concurrence.

II. Abstraction du professionnel partie faible

231. - « **Consumérisation du droit** ». Le Doyen CARBONNIER a identifié ce phénomène dès le milieu du XX^e siècle, relevant qu'« *un mouvement s'est dessiné dans*

⁷⁶⁶ Cependant, preuve que la question n'est pas entièrement résolue et que le débat demeure actuel : v. J. JULIEN, « La protection du professionnel par le droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 553 et s. L'auteur relève tout de même que « *toute tentative de systématisation, voire de simple explication* » de la protection du professionnel par le droit de la consommation est difficile, spéc. n° 2, p. 555.

⁷⁶⁷ J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249 et s., spéc. p. 256.

⁷⁶⁸ G. RAYMOND, *Synthèse – Entreprise et consommateur : Contrats de consommation*, JCl. Com., Synth. 123, 2018.

l'opinion pour une protection plus systématique, qui fut collective, non plus seulement individuelle, préventive, non plus seulement sanctionnatrice, n'intervenant qu'après coup. Ce mouvement prit le nom de consumérisme »⁷⁶⁹. C'est ainsi que le droit des contrats est devenu un « *droit protecteur* »⁷⁷⁰, parfois au grand dam de certains qui évoquent « *une dérive de consumérisation de notre droit commun* »⁷⁷¹. Ce phénomène touche désormais le droit commun, le droit commercial, le droit de la concurrence, et donc d'une manière générale le droit civil tout entier⁷⁷². Pour partie d'inspiration consumériste, les règles protectrices des professionnels se sont multipliées et émancipées. Si l'influence du droit de la consommation n'est plus à démontrer⁷⁷³, ses répercussions particulièrement dans l'approche du petit professionnel sont importantes. Le droit de la consommation et le droit des contrats ont des objectifs différents et présentent des postulats opposés : le premier vise principalement à assurer la protection d'un contractant en fonction de sa qualité, tandis que le second tend à garantir la pérennité, la viabilité, et donc l'effectivité du contrat. Pour autant le droit des contrats est de plus en plus influencé par le besoin de protection ressenti par tout contractant, en l'occurrence le petit professionnel, et des rapprochements s'opèrent⁷⁷⁴, ceux-ci ayant d'ailleurs été accentués avec la dernière réforme du droit des contrats.

232. - « **Dilution** » de la notion de petit professionnel. Cette « dilution » a été envisagée par Monsieur HABA dès lors qu'il s'avère particulièrement délicat d'appréhender

⁷⁶⁹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Champs essais, Flammarion, 1996, p. 180 et 181.

⁷⁷⁰ J. CARBONNIER, *ibid.*

⁷⁷¹ A. OUTIN-ADAM, « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », *AJCA*, 2015, n° 6, Edito, p. 241. L'auteur reprend ainsi la synthèse du rapport de la CCI Paris Île-de-France du 7 mai 2015, M. Yves FOUCHET : « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Réponse de la CCI Paris Île-de-France à la consultation ouverte par la Chancellerie », <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/reforme-droit-des-contrats-fou1505-synthese.pdf>

⁷⁷² Si le droit de la consommation a été dans les premiers à avoir appréhendé la situation du contractant faible, le droit civil « général », bien qu'apparaissant impuissant pour se consacrer à cette tâche, n'est pas demeuré en reste, ceci d'autant qu'il entretient des relations avec certains droits spéciaux.

⁷⁷³ V. not., N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000 ; M.-S. PAYET, *Droit de la consommation et droit de la concurrence*, Dalloz, 2001 ; N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, 2002 ; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006 ; Adde G. ROUHETTE, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 247 et s. ; Y. SERRA et J. CALAIS-AULOY (Dir.), *Concurrence et consommation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1994 ; J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 239 et s. ; J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.*, 1998, p. 115 ; D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, 2004, p. 697 et s. ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD Com.*, 2012, p. 705.

⁷⁷⁴ V. LEGRAND et D. BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation/droit des contrats : le bilan 20 ans après », *LPA*, 15 avr. 2015, n° 75, p. 4.

le petit professionnel en tant que tel⁷⁷⁵. Néanmoins, les inconvénients de cette démarche apparaissent très importants, l'approche demeurant tout d'abord et bien souvent insatisfaisante dans la prise en compte de cet acteur. Traiter du petit professionnel au travers de son abstraction au sein du professionnel faible de manière générale ne permet pas de mettre en place une protection efficace de celui-ci, ni de tenir compte précisément de ses spécificités. À l'inverse, envisager une reconnaissance et donc une protection standardisée du petit professionnel permettrait de rendre cette protection effective pour lui, ce d'autant qu'il n'est pas précisément démontré que le professionnel partie faible soit nécessairement un petit professionnel et inversement.

233. - **Démarche.** Il faut alors mettre en évidence la nécessité de conjuguer les efforts de chacun des droits dans la prise en compte du petit professionnel⁷⁷⁶. À cet égard, il est délicat d'évoquer le droit commercial de manière distinguée du droit de la concurrence, ce dernier «*faisant partie du droit commercial*»⁷⁷⁷. L'importance prise par le droit de la concurrence au sein du droit de commercial, ajoutée à une perte d'influence de ce même droit⁷⁷⁸, justifie toutefois d'en tenir compte en priorité lorsqu'il s'agit d'appréhender les relations entre professionnels⁷⁷⁹. De surcroît, les règles concurrentielles sont désormais insérées dans le Code de commerce, preuve de l'essor de cette branche du droit. Tenir compte de l'existence du petit professionnel en droit commercial n'est malgré tout pas chose aisée puisqu'il s'agit d'une «*discipline où, plus qu'ailleurs l'égalité entre professionnels semble être la règle*»⁷⁸⁰. C'est pourquoi, l'étude particulière du droit de la concurrence, à côté de celle du droit commun, apparaît d'autant plus pertinente.

234. - **Plan.** Si le droit de la concurrence, en pleine évolution, présente un intérêt de plus en plus accru à la situation du petit professionnel (A), une véritable révolution semble s'opérer au sein même du droit commun qui tend également à s'en préoccuper (B).

⁷⁷⁵ P. HABA, *Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé*, th. Paris Nanterre, 2017, p. 65 et s.

⁷⁷⁶ Travailler pour un objectif commun, à savoir la protection du petit professionnel, est indispensable et constitue une véritable avancée pour la clarté de ces droits. En ce sens, M. CHAGNY, «*Franchir le Rubicon en 2016 ?*», *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2016, p. 1.

⁷⁷⁷ S. WHITTAKER, «*Contrats, droit des contrats et principes contractuels*», in *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, CARTWRIGHT (J.), FAUVARQUE-COSSON (B.), WHITTAKER (S.) (dir.), SLC, vol. 29, 2018, spéc. p. 52.

⁷⁷⁸ V. not. : D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, op. cit., n° 42 et s., p. 35 et s.

⁷⁷⁹ En outre, il est constant que le droit de la concurrence va bien au-delà du cadre du commerce.

⁷⁸⁰ D. VOINOT, «*Les petits professionnels*», préc., p. 566.

A. En droit de la concurrence

235. - **Plan.** Quelques explications quant à l'évolution du droit de la concurrence au travers de la situation des petits acteurs (1) aideront à appréhender de manière traditionnelle les dispositions relatives à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (2), puis celles relatives à la lutte contre les pratiques restrictives (3).

1. *Évolution du droit de la concurrence*

236. - **Présentation.** Bien que rarement traitée⁷⁸¹, la question de l'intérêt du droit de la concurrence et des objectifs qu'il poursuit apparaît essentielle dans la prise en considération du petit professionnel. Le droit de la concurrence a pour principale vocation de permettre le libre fonctionnement du marché : « *il en fait une sorte de religion* »⁷⁸². La concurrence doit être libre⁷⁸³, et elle doit être juste⁷⁸⁴. Aussi, afin d'assurer la défense du marché, ce droit joue de plus en plus un rôle dans la négociation, la rédaction⁷⁸⁵, l'application et l'appréciation des contrats à l'origine d'un contentieux nourri⁷⁸⁶. Le rapport entre le droit des contrats et le droit de la concurrence réside également dans les sanctions appliquées⁷⁸⁷. Le rôle et l'influence du droit de la concurrence sont également accrues par ses mutations.

Depuis la loi « Le Chapelier »⁷⁸⁸, les relations de nature commerciale sont soumises au principe de liberté du commerce et de l'industrie, ce qui justifie l'existence d'un principe de

⁷⁸¹ V. cependant : J.-Ch. RODA, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018, chron., p. 1504.

⁷⁸² Ph. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz, Litec, 1999, p. 187 et s., spéc. p. 193. Les règles de concurrence ont ainsi vocation à accorder une place centrale au marché tant dans leur conception que dans leur mise en œuvre.

⁷⁸³ En ce sens, les règles sur les ententes, les abus de position dominante et l'abus de l'état de dépendance : C. com., art. L. 420-1 à L. 420-2 relatifs aux pratiques anticoncurrentielles.

⁷⁸⁴ La jurisprudence sur la concurrence déloyale en est la démonstration, celle-ci se fondant à la fois sur le droit commun de la responsabilité pour faute et sur les dispositions légales spécifiques relatives aux pratiques restrictives de concurrence : C. com., art. L. 442-1 à L. 442-10.

⁷⁸⁵ M. COMERT et E. FLAICHER-MANEVAL, « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du droit de la concurrence », in *Le droit de la concurrence dans les contrats d'affaires : Quelles contraintes ? Quelles opportunités ?*, AJCA, 2015, n° 3, p. 106 et s.

⁷⁸⁶ D. FERRE et A. LACRESSE, « Le contentieux de la concurrence dans les contrats d'affaires : Quelles stratégies ? », in *Le droit de la concurrence dans les contrats d'affaires : Quelles contraintes ? Quelles opportunités ?*, AJCA, 2015, n° 3, p. 109 et s.

⁷⁸⁷ Par ex., l'accord anticoncurrentiel pourra être sanctionné par sa nullité : C. com., art. L. 420-3.

⁷⁸⁸ Loi « Le Chapelier » des 2 et 17 mars 1791.

libre concurrence⁷⁸⁹ et de conflits entre les différents acteurs économiques, du consommateur au producteur, en passant par le distributeur⁷⁹⁰. Une telle liberté engendre naturellement des inégalités voire des abus et une remise en cause de l'équilibre des relations. Une réaction semble néanmoins avoir eu lieu. De nombreuses dispositions du Code de commerce sont venues pallier les difficultés résultant des inégalités constatées. Désormais, des règles protectrices des professionnels se trouvant dans des situations de déséquilibre ou de faiblesse, ont été mises en place⁷⁹¹ afin de permettre notamment « *la mise à niveau de la situation des petits professionnels par rapport aux autres professionnels* »⁷⁹², toutefois est-ce suffisant ?

L'évolution du droit de la concurrence met ainsi en évidence l'intérêt accordé, non pas seulement au marché et à la concurrence en tant que telle, mais également aux concurrents et spécialement aux « petits concurrents ». Comme l'a relevé un auteur : « *on voit ainsi une mutation, déjà ancienne, du droit de la concurrence qui ne protège plus uniquement la concurrence, mais également les concurrents* »⁷⁹³. À l'instar du droit américain de la concurrence dont l'origine est en partie née de la volonté de protéger les « petits », et tout particulièrement les PME, le droit français de la concurrence tend petit à petit à atteindre cette vocation.

237. - **Un droit du marché devenu un droit des petits ?** À l'image historique du Code civil, protéger les acteurs économiques plus faibles face aux plus puissants ne constitue pas, par principe, une préoccupation du Code de commerce. Si le contrat a généralement pour but de permettre aux parties la réalisation et la poursuite de leurs intérêts propres, le droit de la concurrence tend à promouvoir la réalisation du marché et de l'intérêt général⁷⁹⁴. Dans ces

⁷⁸⁹ Art. 1^{er} de l'ord. du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence qui a notamment prévu que « *Les prix des biens, produits et services [...] sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

⁷⁹⁰ A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV « Des systèmes d'économie politique », trad. G. GARNIER, éd. électronique CEPEG de Chicoutimi, Québec, 2002, où l'auteur met en évidence pour fonder sa théorie de l'économie libérale le fait de se « reposer » sur la liberté du commerce, « *sans que le gouvernement s'en mêle en aucune façon* », spéc. p. 15.

⁷⁹¹ L'essor du titre IV du livre IV du Code de commerce constitue un exemple évident de ce mouvement en faveur des mesures protectrices prises à l'égard des professionnels de manière générale.

⁷⁹² D. VOINOT, « Les petits professionnels », préc., p. 573.

⁷⁹³ J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, p. 113, spéc., p. 125. Cette évolution a d'ailleurs ouvert les portes à un débat général relativement à l'approche privilégiée par le droit de la concurrence, entre ceux favorables à « *un droit de la concurrence moins « économique* » », et ceux qui « *dénoncent la montée en puissance d'un populisme antitrust* », J.-Ch. RODA, « *Affaire Alstom-Siemens : l'annonce d'une possible réforme des règles européennes de concurrence* », *D.*, 2019, entretien, p. 808.

⁷⁹⁴ Comme l'a rappelé Madame NICOLET, « *La protection des concurrents n'est pas le souci premier du droit de la concurrence, ce qui le préoccupe, en principe, c'est le fonctionnement macro-économique du marché et notamment la recherche de l'efficacité économique* », c'est pourquoi le droit de la concurrence « *ne s'attache pas à la forme juridique des auteurs de pratiques anticoncurrentielles* », ni à leur taille d'ailleurs, S. NICOLET,

conditions, le droit des contrats a plus vocation à protéger les intérêts privés et individuels que le droit de la concurrence⁷⁹⁵. Toutefois, la promotion du marché par ce dernier n'est pas incompatible avec la protection du petit professionnel dont la prise en compte est de nature à assurer une meilleure efficacité économique du marché en le rendant plus dynamique. Autrement dit, le droit de la concurrence peut-il constituer un instrument de justice contractuelle ? Certains mécanismes issus de ce droit sont-ils réellement adaptés au petit professionnel ? Depuis la naissance de ce droit, les choses ont évolué, et la lutte contre les mauvaises pratiques, particulièrement les pratiques abusives, s'est développée. Ainsi, le droit de la concurrence s'intéresse de plus en plus au rétablissement de l'équilibre des relations entre partenaires économiques lorsqu'il est rompu et pas seulement au maintien de l'équilibre concurrentiel.

De ce fait, il est permis de rejoindre Monsieur COURET et de s'interroger : le droit de la concurrence n'est-il pas, par essence, le droit des « petits » ?⁷⁹⁶ Dans la majorité des cas, l'équilibre se trouve rompu au détriment de ceux qui se retrouvent en situation d'infériorité face aux agissements des plus puissants⁷⁹⁷. Les buts recherchés par le droit de la concurrence ont ainsi des répercussions sur la pratique et plus particulièrement sur la mise en œuvre de la règle⁷⁹⁸. Si en définitive « *les textes permettent [...] de classer assez sûrement le droit français de la concurrence dans la catégorie des droits aux objectifs multiples* »⁷⁹⁹, il est important de ne pas négliger l'attrait du droit de la concurrence envers les petits concurrents et les règles adoptées en ce sens⁸⁰⁰. Peu à peu, ce droit du marché semble bien devenir un droit

L'abus de dépendance économique en droit des affaires, th. Montpellier, 2008, n° 59, p. 48 et n° 60, p. 49. Adde L. IDOT, « La protection par le droit de la concurrence », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 63, pour qui le droit de la concurrence tend principalement à réguler les marchés et non à lutter contre les déséquilibres contractuels.

⁷⁹⁵ L'objectif principal de celui-ci étant de maintenir une concurrence effective sur le marché et non de protéger directement les concurrents, même ceux en position avérée de faiblesse.

⁷⁹⁶ A. COURET, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, spéc. p. 358 et 359, où l'auteur se demande « *si le droit de la concurrence n'est pas tout entier tourné vers la protection des P.M.E.* » qui seraient « *victimes à l'encontre d'entreprises plus grandes* ». Cependant, il convient de nuancer le propos, l'auteur relevant par la suite que certaines décisions sont venues sanctionner des PME de sorte que les grandes entreprises ne sont pas les seules à être punies et donc à avoir des pratiques anticoncurrentielles. Également, en conclusion de son propos, il explique que le droit de la concurrence demeure « *étranger à la qualité des personnes* » puisqu'il repose sur une « *conception objective* » ce pourquoi il n'existe pas « *actuellement de véritable spécificité du phénomène* » « *P.M.E.* » au regard du droit de la concurrence », spéc. p. 369.

⁷⁹⁷ D'où une certaine emprise du droit de la concurrence sur la théorie générale du contrat.

⁷⁹⁸ J.-Ch. RODA, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », préc., spéc. n° 4.

⁷⁹⁹ J.-Ch. RODA, art. préc., spéc. n° 9.

⁸⁰⁰ Aussi, le droit de la concurrence ne doit pas se cantonner à des buts trop restreints et notamment à la seule recherche de « *l'efficacité économique et du bien-être du consommateur* » dont l'inconvénient serait à l'évidence de limiter les possibilités d'intervention du législateur lorsqu'il s'agit, par ex., de protéger un concurrent en particulier : v. J.-Ch. RODA, art. préc., spéc. n° 4.

des plus petits⁸⁰¹. Cette approche qui tend à faire de ce domaine un droit plus personnalisé et de conception plus subjective est d'ailleurs encouragé par le droit européen⁸⁰². Ainsi donc, que ce soit au sein du « grand » droit de la concurrence⁸⁰³ ou du « petit » droit de la concurrence⁸⁰⁴, un intérêt pour la protection des plus faibles est perceptible.

2. La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

238. - **Objectif et plan.** Les pratiques anticoncurrentielles sont celles qui s'intéressent aux comportements susceptibles d'affecter le marché. L'objectif principal est d'assurer le bon fonctionnement du marché et non de tenir compte de la situation d'inégalité pouvant exister spécifiquement entre les parties, bien qu'il faille dorénavant nuancer cette position. Principalement, c'est lorsque les entreprises usent de leur liberté contractuelle, concurrentielle, et/ou commerciale que les stratégies mises en place entravent la concurrence et nuisent au marché. C'est pourquoi certaines règles ont vu le jour, visant notamment une intervention étatique, pour surveiller et contrôler les comportements de chacun au travers de certaines pratiques, comme les abus de position dominante (a), les abus de dépendance économique (b), ou encore les ententes au travers de l'hypothèse spécifique des exemptions (c).

a) La sanction de l'abus de position dominante

239. - **Présentation.** De prime abord, il n'est pas contestable que l'abus de position dominante ait vocation à s'intéresser aux pratiques exercées par les grandes entreprises, c'est-à-dire plus précisément celles qui disposent d'une importante puissance économique et dont

⁸⁰¹ Aussi, malgré l'absence d'une véritable prise en compte du petit professionnel par le droit de la concurrence, celle-ci n'est pas totalement exclue.

⁸⁰² F. JEANTET, « La politique économique des droits français et communautaire de la concurrence », *RJ com.*, n° spécial, Colloque de DEAUVILLE, 13 et 14 juin 1987, *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, nov. 1987, p. 82 et s., où l'auteur fait état de la protection des consommateurs mais également d'autres « utilisateurs », spéc. p. 86. V. plus récemment : J.-Ch. RODA, art. préc.

⁸⁰³ C'est-à-dire le droit relatif aux pratiques anticoncurrentielles ou encore au contrôle des concentrations.

⁸⁰⁴ C'est-à-dire le droit qui s'intéresse à la concurrence déloyale et aux pratiques restrictives de concurrence.

les agissements sont susceptibles d'entraver le fonctionnement normal du marché⁸⁰⁵. Prohibé tant par les dispositions du Code de commerce⁸⁰⁶ que par la législation européenne⁸⁰⁷, l'abus de position dominante permet de sanctionner le fait pour une entreprise ou un groupe d'entreprises bénéficiant d'une place prépondérante sur un marché, de profiter de cette position pour exercer un pouvoir et adopter un comportement incompatible avec les règles de la concurrence. À n'en pas douter, une telle approche semble profitable au petit professionnel qui se trouvera bien plus souvent victime de cette exploitation abusive de position dominante plutôt qu'auteur⁸⁰⁸.

240. - **Difficulté.** La position dominante n'est pourtant pas clairement définie par les textes qui régissent cet instrument de sorte que la doctrine et la jurisprudence vont être amenées à en dresser plus précisément les contours. À cet exercice, la Cour de justice apparaît particulièrement efficace et elle définit la position dominante « *comme une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs* »⁸⁰⁹. Elle précise également que cette position dominante « *résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs* »⁸¹⁰. Une difficulté demeure malgré tout. Comment, par exemple, régler le problème lorsque l'entreprise en cause ne détient pas de position dominante, mais dispose tout de même d'un certain poids économique sur le marché pour contraindre les autres acteurs à sa volonté. Il est bien entendu nécessaire d'encadrer ce genre de comportements. Or, il n'est pas certain que le contractant le plus puissant, le « grand » professionnel, soit toujours en position dominante sur le marché du secteur ou du produit concerné⁸¹¹. La jurisprudence européenne apporte

⁸⁰⁵ Monsieur COURET explique ainsi que l'abus de position dominante « *semble lié à la grande taille* » des entreprises : A. COURET, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985, op.cit.*, p. 365.

⁸⁰⁶ C. com., art. L. 420-2, al. 1^{er}.

⁸⁰⁷ TFUE, art. 102.

⁸⁰⁸ Bien que ce dispositif permette d'équilibrer le marché afin qu'une poignée d'acteurs ne puissent pas faire disparaître toute concurrence, il offre indirectement une protection aux petits concurrents. En effet, si le droit de la concurrence prône une totale liberté des échanges, il vient ici encadrer le comportement des entreprises qui détiennent un pouvoir de marché important : v. not., F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n° 580, p. 450.

⁸⁰⁹ CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, point n° 65.

⁸¹⁰ CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76, préc., point n° 66.

⁸¹¹ Par ex., un concessionnaire automobile, lorsqu'il achète des pneus à MICHELIN sera considéré comme « petit », tandis que quand il est amené à vendre des pièces détachées à un petit garagiste local, il pourra être appréhendé comme un « gros ».

quelques éléments de réponse en considérant que « *la position dominante [...] n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence, mais met la firme qui en bénéficie en mesure sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera* »⁸¹². De ce fait, il a été relevé que la position dominante « *n'est pas la domination absolue du marché* »⁸¹³. Afin de sanctionner l'abus de situation d'une entreprise qui ne serait pas en position dominante, il a également été admis que les faits qui lui sont reprochés puissent donner lieu à l'existence d'un abus de dépendance économique⁸¹⁴, ce qui permet de trouver une solution aux acteurs qui subissent cet état de fait⁸¹⁵. Malgré tout, la logique contractuelle s'éloigne ici. La réglementation vise principalement à réguler le marché⁸¹⁶ et elle n'est pas directement adaptée au droit des contrats.

241. - **Constat.** C'est pourquoi, il est possible de conclure que les dispositions relatives à l'abus de position dominante sont demeurées plus en retrait lorsqu'il s'agit de protéger le petit professionnel, ce à l'inverse, semble-t-il, de la réglementation relative à l'abus de dépendance économique.

b) La sanction de l'abus de dépendance économique

242. - **Présentation.** La question de la dépendance d'un contractant professionnel par rapport à l'autre, spécialement lorsque l'un se trouve dans l'obligation de traiter aux conditions imposées par l'autre⁸¹⁷, a très vite été appréhendée par le droit de la concurrence et a fait l'objet d'une attention particulière. D'une part, le législateur est venu consacrer cette

⁸¹² CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG c/ Commission*, point n° 39.

⁸¹³ J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, 10^e éd., LGDJ, 2019, n° 822, p. 441.

⁸¹⁴ Cons. conc., décision n° 04-D-44 du 15 sept. 2004 relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de film, spéc. points 78 et s. ; *D.*, 2004, AJ, p. 2571.

⁸¹⁵ Sur l'abus de dépendance économique : v. *infra* n° 242 et s.

⁸¹⁶ À cet égard, il peut être relevé que parmi les différents critères d'appréciation de la position dominante, le critère principal et déterminant pour apprécier son existence consiste à prendre en compte les parts de marché détenues par l'entreprise présumée en position prépondérante et par ses concurrents. La Commission estime ainsi que « *si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante* » (Communication de la Commission, « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », *JOUE* du 24 févr. 2009, C 45, p. 7, spéc. point 14). Aussi, il a été précisé que « *lorsque la part de marché dépasse les 80 %, la position dominante peut être présumée* » : J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, 10^e éd., LGDJ, 2019, n° 824, p. 441.

⁸¹⁷ S'agissant, par ex., des pratiques de certaines centrales d'achat de la grande distribution qui tentent d'exiger des avantages de leurs fournisseurs, que ce soit en matière de prix ou de délais de paiement.

dépendance en 1986⁸¹⁸ et, d'autre part, la doctrine l'a également examinée⁸¹⁹. Ces dispositions ont été intégrées au sein du Code de commerce, dont l'article L. 420-2 alinéa 2 dispose : « *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* ». La dépendance économique est classiquement définie par la jurisprudence comme le fait pour une entreprise de ne pas disposer de « solution équivalente », c'est-à-dire de ne pas pouvoir substituer à son cocontractant un ou plusieurs autres partenaires⁸²⁰, ou plus précisément de l'impossibilité de disposer « *d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise* »⁸²¹. Il est admis que l'abus de dépendance peut émaner tant d'un fournisseur⁸²² que d'un distributeur⁸²³. Cet instrument semble correspondre à la situation du petit professionnel qui entretient bien souvent des relations avec un nombre plus restreint de partenaires que les autres professionnels⁸²⁴.

243. - **Objectif : le petit professionnel est-il concerné ?** Le rapport de dépendance a particulièrement été identifié dans les relations d'affaires dès lors que la pérennité de l'activité de l'un des contractants dépend principalement, voire exclusivement, de la relation

⁸¹⁸ Ord. n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 09 déc. 1986, p. 14773, dont l'art. 8 prévoyait : « *Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : [...]. 2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente* ».

⁸¹⁹ V. not., G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1986 ; J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble II ; A.-S. CHONE-GRIMALDI, *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. TEYSSIE, Paris, Economica, 2010.

⁸²⁰ V. par ex. : Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-14.529 ; *RTD com.*, 2004, p. 463, obs. E. CLAUDEL ; *D.*, 2004, p. 874, obs. E. CHEVRIER ; *D.*, 2004, p. 1661, obs. Y. PICOD.

⁸²¹ Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-13.603 ; *D.*, 2014, p. 494 ; *JCP E.*, 2013, 1454, obs. P. GRIGNON ; *CCC*, n° 5, 2013, comm. 114, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁸²² V. par ex. : Cons. conc., décision n° 04-D-26 du 30 juin 2004, points 53 et s. ; *CCC*, n° 10, oct. 2004, comm. 140, note M. MALAURIE-VIGNAL. S'agissant en l'espèce d'un fournisseur de produits sanguins en situation de quasi-monopole qui a décidé de cesser de traiter avec un acheteur dont les livraisons représentaient environ 90 % des approvisionnements.

⁸²³ V. par ex. : Cons. conc., décision n° 96-D-44 du 18 juin 1996 ; *CCC*, 1997, comm. 8, obs. L. VOGEL. S'agissant en l'espèce d'une centrale d'achat d'espaces publicitaires qui, compte tenu de sa puissance d'achat sur les marchés de l'achat d'espace publicitaire et notamment de son entente avec le deuxième opérateur du marché, imposait ses conditions financières à plusieurs chaînes de télévision en prévoyant « *une ristourne dite « différentiel », qui la protégeait de la concurrence, d'une part, en lui permettant d'offrir toujours les meilleurs prix et, d'autre part, en rendant plus difficile le développement des autres centrales* » (spéc. p. 64).

⁸²⁴ Il a ainsi été relevé que « *l'abus de dépendance économique oscille entre plusieurs conceptions de la protection de la concurrence : soucieuse de préserver une certaine loyauté des rapports de distribution, l'incrimination procède également d'une vision plus économique tournée vers la protection du marché* » : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n° 599, p. 459.

contractuelle qu'il a établie avec son partenaire⁸²⁵. Dans ces conditions, le professionnel en situation de dépendance économique réalise la majeure partie de ses affaires avec un seul partenaire, de sorte qu'il se trouve dans une position de vulnérabilité à son égard⁸²⁶. Pour autant, la mise en œuvre de la notion de dépendance économique n'implique pas expressément l'identification de contractants professionnels de tailles différentes. En effet, l'appréciation de la dépendance économique relève plus d'une analyse de « *l'environnement économique* » dans lequel le contrat est conclu plutôt que de la qualité de l'un ou l'autre des contractants⁸²⁷. Il convient néanmoins de revenir sur les conditions précises dans lesquelles la relation contractuelle a été tissée et de rappeler qu'elle résulte d'une inégalité de puissance économique entre les contractants. Lorsque la relation n'est plus équilibrée entre les parties en raison de la puissance de l'une par rapport à l'autre, il est apparu nécessaire de prévenir les éventuels abus pouvant en résulter. Ainsi, bien que constituant une disposition relative aux pratiques anticoncurrentielles, elle a vocation à s'intéresser aux inégalités existantes entre les contractants ou partenaires économiques contractuels, et donc indéniablement au petit professionnel. Par conséquent, la notion d'abus de dépendance économique a sans conteste pour mission, notamment, de protéger les intérêts privés, individuels de certains acteurs économiques, dont le petit professionnel pourrait constituer l'un des fers de lance. Il s'agit dans tous les cas d'un véritable « *outil privilégié pour protéger les opérateurs économiques en position d'infériorité* »⁸²⁸, et donc le petit professionnel. Par conséquent, la notion de dépendance économique devait entre autres « *rétablir ou établir, un équilibre dans les relations contractuelles entre fournisseurs et clients de tailles différentes (au nom de l'équité ou de l'égalité des relations entre les partenaires économiques)* »⁸²⁹.

244. - **Objectif atteint ?** La mise en pratique de cette réglementation s'est avérée délicate, cette dernière ne permettant pas toujours de lutter efficacement contre les abus anticoncurrentiels, ce malgré les modifications et améliorations apportées par les réformes

⁸²⁵ Ainsi, Monsieur VIRASSAMY a très tôt appréhendé la dépendance économique dans l'hypothèse où « *l'un des contractants, l'assujéti, se trouve tributaire, pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination* » : G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, op. cit., p. 10.

⁸²⁶ Dès que la relation contractuelle se trouve rompue, la pérennité de l'activité du professionnel dépendant est remise en question puisque l'essentiel de son chiffre d'affaires en découle.

⁸²⁷ F. de BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. VINEY, Bibliothèque de l'Institut André TUNC, T. 13, LGDJ, 2007, n° 5, p. 3.

⁸²⁸ S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, th. Montpellier, 2008, n° 22, p. 24.

⁸²⁹ F. JENNY, « L'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence : raisonnement économique et équilibre des pouvoirs », *Cah. Dr. Entr.*, 1987/1, p. 3. (Personnellement et volontairement souligné).

successives⁸³⁰, et en raison de la complexité de la notion⁸³¹. La difficulté de cette application ayant été continuelle, « *l'objectif de protection de certains professionnels, assigné à la prohibition des abus de dépendance économique, s'est trouvé contrarié par le choix d'une interprétation étroite* »⁸³², rendant au droit de la concurrence sa vocation première de protection de la concurrence et non des concurrents à proprement parler. L'inspiration par le droit de la consommation apparaît alors une nouvelle fois évidente⁸³³.

245. - **Instrument de protection de la partie faible.** Bien que poursuivant une logique concurrentielle et donc la promotion du marché, la notion d'abus de dépendance économique connaît un mouvement en faveur du rétablissement de l'équilibre contractuel. Il s'agit de ce qui a été appelé « la conception à dominante sociale » de la notion⁸³⁴. Ce mouvement a été débattu par la doctrine, certains le soutenant⁸³⁵, d'autres se montrant plus réticents⁸³⁶. Les craintes ressenties et relevées par une partie des auteurs ne laissent pas présager d'une véritable prise en compte, voire d'une protection, du petit professionnel qui se retrouve ici dans une forme d'impasse.

246. - **Évolution.** Plus récemment, l'interdiction des abus de dépendance économique a fait l'objet d'une attention particulière du législateur⁸³⁷. En effet, à la suite de l'avis émis par l'Autorité de la concurrence⁸³⁸, une nouvelle réflexion a été menée afin de promouvoir un assouplissement des conditions d'application de la réglementation en matière de dépendance économique⁸³⁹ dont l'une des principales problématiques réside dans son application

⁸³⁰ V. not., L. n° 2011-420 du 15 mai 2011 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi « NRE », *JORF* n° 113 du 6 mai 2011, p. 7776, texte n° 2, et L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite loi « LME », *JORF*, n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

⁸³¹ V. not. S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, op. cit., n° 7, p. 13.

⁸³² S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, op. cit., n° 784, p. 575.

⁸³³ M. CHAGNY, « La situation de faiblesse des contractants, objet de compétition entre les droits ? », *AJCA*, 2015, p. 193.

⁸³⁴ S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, op. cit., n° 121 et s., p. 85 et s.

⁸³⁵ V. not., J. MESTRE, « Abus de dépendance économique et lien contractuel », *RTD civ.*, 1989, p. 535 ; A. PIRONAVO et M. SALAH, « L'abus de dépendance économique : une notion subversive », *LPA*, 1990, n° 114, p. 8 ; V. SELINSKY, *LPA*, 1989.

⁸³⁶ Par ex., F. PEROCHON, « Responsabilité et dépendance économique », *Cah. Dr. Entr.*, 1989, n° 4, p. 16 et s. *Adde*, Y. GUYON, *Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés*, Tome I, Economica, 10^e éd., 1998, n° 896-7.

⁸³⁷ V. par ex., L. et J. VOGEL, « Est-il opportun d'assouplir l'abus de dépendance économique ? », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution*, 2016, p. 260 ; J.-Ch. RODA « Vers une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique », *D.*, 2016, p. 1304.

⁸³⁸ Aut. Conc., avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.

⁸³⁹ Il a ainsi été relevé les difficultés à rééquilibrer et à pacifier les relations entre fournisseurs et distributeurs spécifiquement dans la grande distribution alimentaire, où le nombre d'enseignes a diminué ces dernières

particulièrement rigoureuse⁸⁴⁰. De nombreuses conditions justifient une solution alternative et ont conduit le législateur à réfléchir à un assouplissement des dispositions existantes. En ce sens, il convient de se demander si la lutte contre les déséquilibres présents dans les relations entre les fournisseurs et les distributeurs, c'est-à-dire entre les petits fournisseurs qui se retrouvent en position défavorable face au regroupement des grandes enseignes en centrales d'achat, est de nature à favoriser le petit professionnel.

247. - **Risque pour le petit professionnel.** Toutefois, l'assouplissement envisagé a fait l'objet de critiques au regard des menaces engendrées par une telle démarche. Outre les risques pour la sécurité juridique et l'efficacité de la législation demeurant, il a été mis en évidence le danger pour les contractants « faibles » ou « dépendants » de ne plus trouver de partenaires souhaitant traiter avec eux. Ce danger, s'il existe, doit néanmoins être nuancé au regard du nombre de contractants pouvant être jugés faibles mais qui représentent tout de même la majorité des acteurs économiques. Particulièrement, s'agissant du petit professionnel, il convient bien entendu d'éviter son exclusion en raison de contractants susceptibles de produire une situation de dépendance à l'égard de leurs partenaires.

248. - **Proximité des démarches.** La lutte contre les abus anticoncurrentiels, dont l'objectif, en partie, est la protection du petit professionnel s'inscrit également dans la démarche entreprise en matière de lutte contre les pratiques restrictives dont la jurisprudence en la matière est particulièrement active. Tout cela s'inscrit de surcroît dans le cadre de la récente réforme du droit des contrats qui, comme vu précédemment, tend à promouvoir une certaine protection contre les abus de dépendance et les déséquilibres.

années, quelques entreprises contrôlant la grande majorité du marché. Cela est de nature à engendrer un risque pour le secteur agricole et l'industrie agro-alimentaire : v. la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique, n° 703, Assemblée Nationale, déposée le 21 févr. 2018, et présentée par M. Damien ABAD. Pour assurer une lutte efficace contre les déséquilibres affectant notamment les relations entre distributeurs et fournisseurs, il a été proposé une modification de l'article L. 420-2 du Code de commerce, en ajoutant en particulier les trois alinéas suivants : « Une situation de dépendance économique est caractérisée, au sens de l'alinéa précédent, dès lors que :

- d'une part, la rupture des relations commerciales entre le fournisseur et le distributeur risquerait de compromettre le maintien de son activité ;
- d'autre part, le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable ».

⁸⁴⁰ Aussi, il apparaît bien souvent difficile de caractériser précisément la situation de dépendance économique, celle-ci n'étant pas suffisamment explicite pour assurer l'effectivité des dispositions en résultant.

c) Ententes et règlements d'exemption

249. - **Présentation.** Forme « *la plus ancienne de la lutte contre les restrictions de concurrence* »⁸⁴¹, l'interdiction des ententes⁸⁴² consiste à prohiber certaines concertations afin de maintenir la compétition entre acteurs économiques⁸⁴³. Les ententes qui pourraient affecter le commerce entre États membres sont également interdites par le droit européen. Selon l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, « *sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur* ». Il résulte de ces dispositions que les ententes peuvent prendre diverses formes⁸⁴⁴. Pour autant, toutes les ententes ne sont pas sanctionnées dès lors que « *la pratique peut, d'un côté, comporter des aspects négatifs mais, de l'autre, avoir des effets positifs pour les consommateurs* »⁸⁴⁵. Certains accords peuvent ainsi bénéficier d'une dérogation par le biais de la technique d'exemption⁸⁴⁶. La Commission européenne utilise alors le mécanisme des règlements d'exemption pour protéger les acteurs de la concurrence⁸⁴⁷. Pour ce faire, il existe différents types d'exemptions, soit individuelles, soit par catégories⁸⁴⁸. En France, ce sont les dispositions de l'article L. 420-4 du Code de commerce qui prévoient la possibilité d'atténuer la prohibition des ententes.

⁸⁴¹ J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution, op. cit.*, n° 773, p. 415.

⁸⁴² C'est-à-dire des accords ou des actions concertées ayant pour but ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché déterminé.

⁸⁴³ C. com., art. L. 420-1. Pour une atténuation de l'interdiction : C. com., art. L. 420-4.

⁸⁴⁴ Pour une approche détaillée des variétés des formes d'ententes : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n° 549 et s., p. 429 et s. Il y a lieu de relever qu'à côté des ententes textuellement consacrées, il existe d'autres formes d'ententes telles que la distinction entre les ententes horizontales et les ententes verticales, ou encore entre les ententes « visibles » et les ententes « secrètes ».

⁸⁴⁵ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution, op. cit.*, n° 559, p. 437.

⁸⁴⁶ TFUE, art. 101, paragraphe 3.

⁸⁴⁷ Par ex., en matière de distribution (Règl. UE n° 330/2010 de la Commission du 20 avr. 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* L102/1 du 23 avr. 2010, qui a remplacé le règlement précédent CE n° 2790/1999 du 22 déc. 1999, *JO* L336 du 29 déc. 1999, p. 21), en matière automobile (Règl. UE n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JOUE* L129/52 du 28 mai 2010, qui a remplacé le règlement CE n° 1400/2002 du 31 juill. 2002, *JO* L203 du 1^{er} août 2002, p. 30), etc.

⁸⁴⁸ V. pour une approche historique des accords d'importance mineure : A. PAPPALARDO, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 341.

250. - **Instrument de protection ?** Les ententes ne sont pas toujours l'œuvre de grosses structures. Il arrive que des petits opérateurs constituent des « cartels de défense » pour résister et se protéger d'un acteur plus grand. C'est notamment le cas dans le secteur agricole où des producteurs laitiers ont tenté de lutter face au pouvoir de la grande distribution en se concertant sur les prix, les augmentations tarifaires et les volumes⁸⁴⁹. En dépit de la petite taille alléguée par certains des acteurs concernés⁸⁵⁰ et de leur volonté de se préserver face aux grands distributeurs, l'Autorité de la concurrence n'a pas été favorable à la mise en place de telles ententes⁸⁵¹. Malgré une réformation partielle de la décision sur le montant des amendes, celle-ci a été confirmée par la Cour d'appel de Paris⁸⁵². Cette réalité peut également être illustrée par la célèbre affaire dite du « cartel des endives ». En l'espèce, onze organisations de producteurs (OP) et sept associations d'organisations de producteurs (AOP) du secteur de la production et de la commercialisation des endives avaient décidé de s'entendre pendant plusieurs années sur la fixation d'un prix minimum de production des endives. L'Autorité de la concurrence avait décidé d'infliger des sanctions pécuniaires aux organismes concernés et de mettre fin aux pratiques du « cartel des endives » estimant illicite la concertation élaborée sur les prix⁸⁵³. La Cour d'appel de Paris a par la suite réformé la décision rendue en concluant à l'absence d'atteinte au droit des ententes et en indiquant que les opérateurs mis en cause n'étaient pas sortis du cadre de leur mission de régularisation des prix⁸⁵⁴. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a alors choisi de transmettre une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne afin d'apprécier l'étendue des dérogations aux règles de concurrence dont pouvaient bénéficier les organisations de producteurs en cause⁸⁵⁵. Par un arrêt en date du 14 novembre 2017, la Cour de justice a jugé que les pratiques litigieuses « *ne peuvent être soustraites à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsqu'elles sont convenues entre différentes organisations de producteurs ou associations d'organisations de producteurs [...] aux fins de la réalisation d'un objectif défini par le législateur de l'Union européenne dans le cadre de*

⁸⁴⁹ Compte tenu not. de leur état de dépendance en tant que fabricants de produits MDD (marque de distributeur).

⁸⁵⁰ Appréciée, en l'occurrence, au regard du faible poids des sociétés sur le marché concerné par l'entente.

⁸⁵¹ Aut. conc., décision n° 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais ; *AJCA*, 2015, p. 277, obs. I. LUC ; *Concurrences* n° 2-2015, art. 73326, obs. A. RONZANO ; *RDC*, 2015, p. 565, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

⁸⁵² CA Paris, Pôle 5, ch. 7, 23 mai 2017, n° 2015/08224 ; *Concurrences*, n° 3-2017, p. 71, obs. E. THOMAS.

⁸⁵³ Aut. conc., décision n° 12-D-08, 6 mars 2012.

⁸⁵⁴ CA Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 15 mai 2014, n° 12/06498 ; *AJCA*, 2014, p. 233, obs. L. ARCELIN.

⁸⁵⁵ Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-19.589 ; *D. actu.*, 23 déc. 2015, obs. X. DELPECH ; *Concurrences*, n° 1-2016, art. 78067, obs. A. RONZANO ; *RD rur.*, 2016, comm. 50, obs. J. BOMBARDIER ; *CCC*, n° 2, févr. 2016, comm. 46, note G. DECOCQ ; *Europe*, n° 1, janv. 2016, comm. 28, obs. L. IDOT.

l'organisation commune du marché concerné », tout en précisant que ces pratiques « *peuvent être soustraites à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsqu'elles sont convenues entre membres d'une même organisation de producteurs ou d'une même association d'organisations de producteurs reconnue par un État membre et qu'elles sont strictement nécessaires à la poursuite du ou des objectifs assignés à l'organisation de producteurs ou à l'association d'organisations de producteurs concernée* »⁸⁵⁶. À la lumière de cette décision, la Cour de cassation a censuré l'arrêt précédemment rendu par la Cour d'appel en relevant que celle-ci n'a pas recherché si les conditions de soustraction à l'interdiction des ententes étaient réunies en l'espèce⁸⁵⁷.

Nonobstant ces refus de protection des cartels de petits opérateurs, le droit de l'Union européenne ouvre peu à peu la porte à une prise en compte en acceptant la mise en place de « dérogations spécifiques » aux règles de concurrence comme dans le secteur agricole au travers des règlements portant organisation commune des marchés (OCM)⁸⁵⁸.

251. - **Transition.** L'application particulière de la notion d'abus de dépendance économique et plus largement du droit des pratiques anticoncurrentielles au profit du petit professionnel, est un échec avéré⁸⁵⁹. En effet, en la matière, « *la faveur envers les PME [...] est assez limitée* »⁸⁶⁰. Pour cette raison, sans doute, la même démarche a également été insérée au sein des pratiques restrictives de concurrence en 2001, et particulièrement de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Dans tous les cas, l'existence d'interaction entre la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et la lutte contre les pratiques restrictives ne peut être niée.

⁸⁵⁶ CJUE, 14 nov. 2017, aff. C-671/15 ; *D. actu.*, 29 nov. 2017, obs. L. CONSTANTIN ; *RTD eur.*, 2018, p. 800, obs. L. IDOT.

⁸⁵⁷ Cass. com. 12 sept. 2018, n° 14-19.589 ; *Juris associations*, 2018, n° 588, p. 11, obs. X. DELPECH ; *CCC*, n° 12, déc. 2018, comm. 203, note G. DECOCQ ; *RDC*, 2018, p. 592, obs. C. PRIETO.

⁸⁵⁸ V. par ex. : Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 déc. 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil, *JOUE* L 347 du 20 déc. 2013, p. 671. Rappr., Aut. conc., avis n° 18-A-04, 3 mai 2018 relatif au secteur agricole. Pour une approche détaillée de ces mécanismes : v. *infra* n° 301 et s.

⁸⁵⁹ En ce sens, il a même été relevé concernant la réglementation de l'abus de dépendance économique et des prix abusivement bas que « *ces prohibitions ont échoué à un point tel que la question de leur conservation pourrait être posée* » : M. CHAGNY, « Cours à quatre mains sur « PME et droit de la concurrence » », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude LUCAS de LEYSSAC*, LexisNexis, 2018, p. 49 et s., spéc. p. 53.

⁸⁶⁰ M. CHAGNY, *ibid.*

3. La lutte contre les pratiques restrictives

252. - **Présentation.** Au sein des pratiques commerciales déloyales⁸⁶¹, le droit des pratiques restrictives de concurrence apparaît comme un instrument privilégié pour assurer la protection des concurrents⁸⁶². Véritable outil d'organisation du marché⁸⁶³, il s'est intéressé à la question de la protection des professionnels et en particulier à la lutte contre les déséquilibres contractuels pouvant exister entre eux⁸⁶⁴, spécialement en ce qui concerne les petits professionnels au regard des difficultés rencontrées par les agriculteurs⁸⁶⁵. La prohibition de certaines pratiques a été initiée par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁸⁶⁶, et la mise en place d'instruments de lutte contre les abus et les pratiques restrictives a surtout été instaurée par la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales⁸⁶⁷. Contrairement aux pratiques anticoncurrentielles, les pratiques restrictives de concurrence ont eu très tôt la

⁸⁶¹ Depuis l'ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées (*JORF* n° 97 du 25 avr. 2019, texte n° 16), le chapitre consacré aux « pratiques commerciales déloyales entre entreprises » est subdivisé en deux sections : l'une relative aux « pratiques restrictives de concurrence » et la seconde aux « autres pratiques prohibées ». C'est l'étude de la première section qui apparaît ici primordiale.

⁸⁶² En effet, ce droit ne tient pas nécessairement compte de la condition bien souvent essentielle d'une atteinte à la concurrence. Dès lors, son application n'est pas uniquement conditionnée par la bonne tenue du marché et de la concurrence, mais aussi par la position spécifique et le comportement des concurrents.

⁸⁶³ En ce sens : Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761 ; *Bull. civ.* IV, n° 143 ; CCC, 2008, comm. 237, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.*, 2008, p. 3046, note M. BANDRAC ; *Concurrences*, n° 4-2008, p. 95, obs. D. FASQUELLE et L. ROBERVAL. L'arrêt évoque précisément l'objectif de « protection du fonctionnement du marché et de la concurrence » attaché en particulier à l'action du ministre chargé de l'économie.

⁸⁶⁴ Même si garantir l'équilibre entre les intérêts de chaque acteur, qu'il soit consommateur, distributeur ou fournisseur, n'est pas aisé de sorte que « cette quête d'équilibre se traduit par des mouvements de balancier » : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », *JCP E.*, n° 29, 2019, 1363, spéc. n° 1.

⁸⁶⁵ S'agissant not. de la pratique de prix abusivement bas, sur laquelle : Aut. conc., avis n° 19-A-05, 6 mars 2019, relatif à la modification de l'action en responsabilité pour des pratiques d'achat de produits agricoles à prix abusivement bas.

⁸⁶⁶ Ord. n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 déc. 1986, p. 14765. L'ancien article 36 de ladite ordonnance prévoyait ainsi : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

1. De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;

[...]

L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le parquet, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la concurrence, lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article ». Pour un commentaire détaillé de cette disposition v. par ex. : G. VIRASSAMY, « Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels (art. 36 de l'ord. du 1^{er} déc. 1986) », *D.*, 1988, chron. XVII, p. 113.

⁸⁶⁷ L. n° 96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, *JORF* n° 153 du 3 juill. 1996, p. 9983, dite « loi Galland ».

vocation de protéger les acteurs économiques intervenant sur le marché plutôt que le marché lui-même.

253. - **Raison d'être.** Dans une économie libérale telle que l'économie française, les acteurs bénéficient d'une grande liberté⁸⁶⁸. Pour autant, l'exercice de cette liberté conduit bien souvent à des abus et à la création de déséquilibres dont la gravité peut être plus ou moins importante. C'est pourquoi, il est difficile de concevoir l'existence d'une absolue liberté sans prévoir certains palliatifs ou garde-fous pour permettre d'encadrer les comportements parfois déviants ou abusifs. Le droit des pratiques restrictives a pris naissance dans la volonté de lutter contre les pratiques de la grande distribution⁸⁶⁹. Face aux abus de la grande distribution, le législateur a tenté d'apporter des solutions efficaces pour garantir l'équilibre des intérêts de chacun. Plus récemment, les textes ont élargi le champ d'application des dispositions relatives aux pratiques restrictives⁸⁷⁰.

Compte tenu de ces évolutions, il est intéressant de se demander si les pratiques sanctionnées ont une vocation protectrice particulière pour le petit professionnel ? L'interaction entre le droit de la concurrence et le droit commun, notamment dans l'objectif de protection du contractant en position d'infériorité, s'impose à l'esprit⁸⁷¹. Le droit de la concurrence, à la suite du droit de la consommation, va d'ailleurs influencer considérablement le droit des contrats, dont la réforme constitue à l'évidence une démonstration à propos de l'insertion de nouveaux instruments de protection⁸⁷².

254. - **Plan.** La lutte contre l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (a), contre les déséquilibres significatifs (b) et contre la rupture brutale d'une relation commerciale établie (c) constituent les principales pratiques

⁸⁶⁸ À la fois de la liberté du commerce, de la liberté concurrentielle et aussi de la liberté contractuelle.

⁸⁶⁹ V. not. : M. CHAGNY, « Propos introductifs », in *Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence*, RLDA, 1^{er} juin 2013, suppl. au n° 83. L'auteur rappelle ainsi que les pratiques restrictives « ont été conçues en considération des relations de distribution », spéc. n° 4.

⁸⁷⁰ Sur cet élargissement : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », art. préc., spéc. n° 6 et s. Il est relevé une extension des notions d'auteur et de victime du déséquilibre significatif, ce dernier pouvant en outre être apprécié au moment de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution du contrat.

⁸⁷¹ Sur cette interaction, v. par ex. : S. BROS, F. CHENEDE, N. FERRIER et S. HOTTE, « De la sanction de l'abus contractuel à celle des pratiques restrictives de concurrence », *Concurrences*, n° 1-2016, art. 77375.

⁸⁷² D. MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 165 et s., spéc. n° 24, p. 184 où l'auteur explique que « des règles du droit commun « civilisent » des règles empruntées au droit de la concurrence à la lumière d'une analyse économique de ces relations ». Adde, B. FAGES et J. MESTRE, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com., 1998, p. 71 et s.

susceptibles d'apporter une protection efficace aux opérateurs en situation d'infériorité⁸⁷³ face aux pressions parfois abusives de leur(s) partenaire(s) plus puissant(s). Leur étude permettra alors de faire le point sur les conditions de prise en compte de la taille des opérateurs dans la protection offerte par le droit des pratiques restrictives (d).

a) La sanction de l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

255. - **Évolution : généralisation de la lésion.** L'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce prohibait le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* », tout en apportant des exemples d'avantages susceptibles d'être réprimés. Désormais, l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce sanctionne le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* ». Un glissement s'est donc opéré de la sanction de pratiques propres à la grande distribution à celle de l'ensemble des rapports de droit des affaires, cette modification engendrant naturellement des craintes pour la sécurité juridique⁸⁷⁴.

256. - **Risques et inadaptation.** L'extension de ce contrôle de la lésion n'est pas sans poser quelques questions. Tout d'abord, la vocation protectrice de ce texte au profit des opérateurs en situation de faiblesse ou de dépendance est brouillée en l'absence de condition de soumission. Puisqu'une intervention dans les rapports entre opérateurs plus puissants n'est pas exclue, la protection spécifique des petits professionnels est malheureusement susceptible d'en subir les impacts⁸⁷⁵. Bien plus, son articulation avec les textes de droit commun qui ont maintenu la prohibition de la lésion n'est pas sans poser quelques difficultés⁸⁷⁶. De même,

⁸⁷³ Principalement les fournisseurs.

⁸⁷⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », art. préc., spéc. n° 21.

⁸⁷⁵ Il convient, par ex., de penser ici à l'encombrement des juridictions spécialisées et notamment de la Cour d'appel de Paris dont le risque « d'asphyxie » a été mis en évidence : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », art. préc., spéc. n° 22.

⁸⁷⁶ Ce qui est d'ailleurs de nature à remettre en cause « *l'équilibre entre le principe et l'exception* » sur le contrôle de la lésion : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », art. préc., spéc. n° 23.

l'appréciation de cette pratique peut engendrer certaines discussions au regard de son élargissement à tout avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné dès lors que son auteur exerce une activité de production, de distribution ou de services. Penser à la prise en considération de l'absence d'intérêt à la prestation déjà reconnue par la jurisprudence⁸⁷⁷ permettrait d'apprécier la contrepartie. Malgré tout, les critères à prendre précisément en compte demeurent à déterminer de sorte qu'il reviendra à la jurisprudence et à la pratique d'apporter un éclairage sur ces éléments. En tout état de cause, l'appréciation de l'équilibre des stipulations contractuelles sera très certainement source de contentieux en l'absence de conditions évidentes à sa mise en œuvre⁸⁷⁸.

b) La sanction du déséquilibre significatif

257. - **Explications et inspiration.** Le législateur ayant autorisé les professionnels à négocier librement leurs prix, il a également mis en place la possibilité de sanctionner les déséquilibres significatifs afin de tempérer les abus créés par cette liberté. Introduite par la loi du 4 août 2008⁸⁷⁹, cette pratique tend à proscrire toute soumission ou tentative de soumission d'une partie « *à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »⁸⁸⁰. Elle met en place une véritable prohibition des clauses abusives

⁸⁷⁷ Cass. com., 26 sept. 2018, n° 17-10.173 ; *Concurrences*, n° 4-2018, p. 134, obs. J.-L. FOURGOUX. S'agissant en l'espèce de sommes versées par quatre fournisseurs au titre d'un service de coopération commerciale fictif, la Cour de cassation a indiqué que le distributeur devait restituer les fonds perçus sans contrepartie.

⁸⁷⁸ À l'exception de la condition tenant à l'auteur de la pratique, l'examen de l'avantage obtenu, de son caractère manifestement excessif ou de l'absence de contrepartie, laisse beaucoup de place au juge pour préciser les contours de son application.

⁸⁷⁹ C'est l'article 93 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471, qui est venu modifier l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. V. not., M. MALAURIE-VIGNAL, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *CCC*, nov. 2008, dossier 5 ; M. PICHON DE BURY et C. MINET, « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de déséquilibre significatif par la LME », *CCC*, déc. 2008, étude 13 ; M. COUSIN, « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? », *JCP E*, 2008, 2288 ; F. BUY, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce », *LPA*, 2008, n° 252, p. 3 ; F. RIEM, « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », *RLC*, 2009, n° 21, p. 31 ; M. CHAGNY, « L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D.*, 2011, p. 392 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le code de commerce ? », *RDC*, 2009, p. 1258 ; Cl. LUCAS DE LEYSSAC et M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique », *RDC*, 2009, p. 1268 ; S. LE GACH-PECH, « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », *CCC*, nov. 2009, p. 17 ; dossier spécial *RDC*, « La protection des professionnels contre les déséquilibres contractuels significatifs ».

⁸⁸⁰ C. com., art. L. 442-1, I, 2° (anc. art. L. 442-6, I, 2°).

entre professionnels et l'inspiration consumériste apparaît ici avec une acuité particulière⁸⁸¹. Le rapprochement des disciplines a d'ailleurs été mis en évidence par le Conseil constitutionnel lui-même⁸⁸². La portée de l'analogie entre cette législation et le droit de la consommation a toutefois été atténuée par la Cour de cassation qui a précisément estimé que la similitude des notions de déséquilibre significatif entre les deux matières « *n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés* »⁸⁸³. À cet égard, il convient de relever que l'interprétation faite par la Cour de cassation des anciennes dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a été confirmée récemment par le Conseil constitutionnel⁸⁸⁴. De ce fait, si le droit de la consommation semble être à la source de ce système protecteur, il n'en a pas le monopole et ce d'autant plus qu'il n'a pas la même finalité que le droit de la concurrence. L'objectif recherché justifie-t-il alors d'adapter l'application des règles ? D'un côté, réguler le marché par le droit de la concurrence, et de l'autre lutter véritablement contre les déséquilibres contractuels par le droit de la consommation permet-il d'opérer une distinction ? Cette approche apparaît discutable puisque finalement l'objectif est toujours de protéger le faible, soit pour éviter les injustices et les contrats déséquilibrés, soit pour permettre à tous de s'insérer et d'agir sur le marché. Pour sa part, le petit professionnel se trouve régulièrement confronté à ce type de déséquilibres⁸⁸⁵. La protection des opérateurs

⁸⁸¹ V. not., F. BUY, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce », *LPA*, 2008, n° 252, p. 3, pour qui en la matière, « *l'influence du droit de la consommation [sur le droit de la concurrence] paraît évidente* ». Pour une position plus nuancée : R. SAINT-ESTEBEN, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, 2009, p. 1275 et s., où l'auteur indique la protection ainsi mise en place en faveur des professionnels apparaît « *finalement assez différente de celle des consommateurs* ».

⁸⁸² Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *D.*, 2011, p. 415, note Y. PICOD ; *D.*, 2011, p. 392, chron. M. CHAGNY ; *D.*, 2011, p. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *D.*, 2011, p. 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves SERRA ; *AJ Pénal*, 2011, p. 191, obs. J.-B. PERRIER ; *RTD civ.*, 2011, p. 121, obs. B. FAGES ; *RTD com.*, 2011, p. 655, obs. B. BOULOC.

⁸⁸³ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *D.*, 2017, p. 481, note F. BUY ; *D.*, 2017, chron., p. 1075, obs. S. TREARD ; *D.*, 2017, pan., p. 2444, obs. A. RIERA ; *D.*, 2018, p. 865, obs. D. FERRIER ; *AJ Contrat*, 2017, p. 132, obs. D. FERRE ; *RTD civ.*, 2017, p. 383, obs. H. BARBIER ; *RTD com.*, 2017, p. 593, 601, 603 et 606, obs. M. CHAGNY ; *RDC*, 2017, 470, note C. GRIMALDI ; *RLDC*, 2017, 148, obs. F.-X. LICARI ; *Gaz. Pal.*, 2017, n° 15, p. 37, obs. D. HOUTCIEFF ; *JCP G.*, 2017, 436, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS. S'agissant de l'admission du contrôle judiciaire de la détermination du prix sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

⁸⁸⁴ Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749, QPC, *JORF* n° 278 du 1^{er} déc. 2018, texte n° 83. Sur cette décision et pour une approche plus détaillée sur le contrôle judiciaire du prix ainsi que ses conséquences : v. *infra* n° 683.

⁸⁸⁵ Il convient simplement d'évoquer la situation des petits fournisseurs qui se retrouvent dans des positions très délicates face à leurs partenaires de la grande distribution dont les pouvoirs sont particulièrement étendus, notamment les grandes centrales d'achat qui imposent leurs conditions. Pour illustrer cette réalité, il est intéressant de rappeler l'une des premières décisions rendues au fond portant sur l'application de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce tel qu'issu de la loi LME. Ce jugement du Tribunal de Commerce de Lille en date du 6 janvier 2010 concernait précisément un grand distributeur du secteur du bricolage, la Société

économiques face aux grands distributeurs constitue donc un pilier essentiel de ces dispositions⁸⁸⁶.

258. - **Élargissement et protection du contractant en situation de faiblesse.** De prime abord, les dispositions de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce semblent mettre en évidence la situation de dépendance de l'une des parties résultant d'un rapport de force déséquilibré. En effet, la soumission dont il est fait état est de nature à confirmer l'idée qu'il y a, d'un côté, un « dominant » qui profite de sa position et, de l'autre, un « dominé » qui ne peut pas se défendre seul⁸⁸⁷. Dans ces conditions, la situation du petit professionnel fait particulièrement écho à ce texte en ce qu'il se trouve régulièrement confronté à contracter ou à se mettre en relation avec des professionnels de taille plus importante. Cependant, il serait hasardeux d'affirmer que la protection ainsi dispensée ne puisse profiter qu'à des petits professionnels dès lors que certains géants de l'industrie peuvent également bénéficier de ces dispositions face aux grands distributeurs. À cet égard, la jurisprudence récente de la Cour de cassation relative à la preuve du déséquilibre significatif et à la caractérisation de la soumission ou de la tentative de soumission apporte un éclairage permettant de considérer que les grands distributeurs ne sont pas toujours les prédateurs qui cherchent à imposer leur loi aux petits fournisseurs. Ainsi, elle a eu l'occasion de juger : « *c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a retenu qu'il n'était pas établi que les clauses litigieuses pré-rédigées* » par le distributeur « *constituaient une composante intangible des cinq contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective* », la preuve de la soumission ou de la tentative de soumission exigée n'a pas alors été rapportée⁸⁸⁸.

Dès leur mise en œuvre, ces dispositions ont alors eu vocation à protéger certains contractants en situation de faiblesse principalement les fournisseurs face aux pratiques

CASTORAMA, dont les pratiques étaient vivement remises en cause par le Ministre de l'Economie puisqu'elles visaient à faire payer de manière anticipée les remises et ristournes par ses fournisseurs : Tribunal de Commerce de Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184, Ministre de l'Economie c/ SAS CASTORAMA FRANCE ; D., 2010, p. 1000, note J. SENECHAL ; CCC, mars 2010, comm. 71, obs. N. MATHEY. Depuis lors, de nombreuses décisions ont sanctionné la grande distribution sur le fondement du déséquilibre significatif, pour un aperçu détaillé v. not. : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G.*, n° 21, 2015, doct. 603, spéc. n° 12 et s.

⁸⁸⁶ D'autant plus que le champ d'application des dispositions de l'article L. 442-1, I, 2° a été élargi à la suite de la réforme issue de l'ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019, préc.

⁸⁸⁷ Par ex., il a été jugé que le déséquilibre des rapports contractuels au détriment des fournisseurs pouvait découler de « *la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission* » : Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013 ; CCC, 2016, comm. 253, note N. MATHEY ; *Concurrences*, n° 1-2017, p. 122, obs. F. BUY ; *RDC*, 2017, p. 81, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

⁸⁸⁸ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 ; CCC, n° 1, 2020, comm. 6, note N. MATHEY ; *JCP G.*, n° 1-2, 2020, 17, note N. DISSAUX.

abusives de leurs partenaires plus puissants surtout les distributeurs. Toutefois, leur champ d'application a été progressivement élargi, faisant de ce mécanisme un véritable instrument de protection dans le cadre des relations entre producteurs et distributeurs, de sorte que de nombreuses interdictions ont été mises en place. La lutte contre les déséquilibres significatifs a, par exemple, été étendue et le domaine d'action est devenu très large, ce qui peut parfois nuire à la lisibilité et à l'efficacité de la protection instaurée. Cette pratique peut désormais concerner tous les professionnels indistinctement, ce qui ne permet pas d'avoir une lisibilité sur sa portée au regard de la taille spécifique de certains opérateurs⁸⁸⁹. En tout état de cause, le juge a, par le biais d'un contrôle de l'équilibre contractuel, la mission de tenir compte de l'état de faiblesse de l'une des parties quelle qu'en soit la cause. Il lui revient également d'apprécier les conditions dans lesquelles le contrat a été conclu en observant, entre autres, la situation des contractants et en considérant le contenu du contrat.

259. - **Limites.** Si le législateur a effectivement mis en place un dispositif permettant de résoudre les difficultés résultant des rapports déséquilibrés entre contractants, ce mécanisme concerne principalement le secteur de la grande distribution et surtout les relations entre fournisseurs et distributeurs⁸⁹⁰. Le contentieux s'est essentiellement concentré sur le domaine de la grande distribution dès lors que plusieurs actions initiées par le Ministre chargé de l'économie ont été menées à l'encontre de grands distributeurs⁸⁹¹. Une telle position ne demeure cependant pas tranchée du moment que des ouvertures ont été relevées dans le cadre d'autres contrats conclus entre professionnels⁸⁹². Malgré tout, le principe d'une interprétation stricte de cette pratique reste ancré notamment au regard de son exclusion des relations

⁸⁸⁹ Il est tout de même intéressant de relever que les hauts magistrats ont pu faire expressément référence au fait que les fournisseurs en cause « *ne peuvent être qualifiés de PME ou de TPE* », ce qui laisse penser qu'il s'agit d'un élément à prendre en compte et que les petits professionnels sont susceptibles d'invoquer : Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, préc.

⁸⁹⁰ Même si le champ personnel de cette pratique a été modifié et vise maintenant « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* » (C. com., art. L. 442-1, I).

⁸⁹¹ V. en ce sens, Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *D.*, 2015, pan., p. 943, obs. D. FERRIER ; *D.*, 2015, chron., p. 996, obs. S. TREARD ; *D.*, 2015, p. 1021, note F. BUY ; *RTD com.*, 2015, p. 486, note M. CHAGNY (s'agissant de la Société Eurauchan, centrale d'achats des magasins à l'enseigne Auchan) ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, *D.*, 2015, chron., p. 996, obs. S. TREARD ; *RTD com.*, 2015, p. 486, note M. CHAGNY (s'agissant de la Société Provera France, centrale d'achats des magasins à l'enseigne Cora) ; Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387 ; *Bull. civ.* IV, n° 87 ; *D.*, 2015, pan., p. 2526, obs. Y. SERRA ; *RTD com.*, 2015, p. 486, note M. CHAGNY ; *RTD com.*, 2015, p. 578, obs. B. BOULOC ; *RTD civ.*, 2015, p. 606, obs. H. BARBIER ; *RTD com.*, 2016, p. 81, note M. CHAGNY (s'agissant de la Société coopérative Groupement d'achats des centres distributeurs Leclerc).

⁸⁹² CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674 ; *RTD com.*, 2013, p. 500, obs. M. CHAGNY (s'agissant d'une indemnité de résiliation dans le cadre d'un contrat de vente de photocopieur et d'un contrat de location de longue durée).

« hors-marché »⁸⁹³. C'est notamment le cas dans les rapports sociétaires qui ne sont pas soumis aux dispositions relatives au déséquilibre significatif, par exemple s'agissant des rapports entre des sociétés de distribution et la société coopérative de commerçants détaillants à laquelle elles ont adhéré⁸⁹⁴. De même, l'application de cette pratique restrictive a été exclue récemment dans les rapports entre une association et un commerçant ancien adhérent⁸⁹⁵.

Par ailleurs, il est important de relever que la qualité de fournisseur ou de distributeur du contractant est indifférente. Certes, ces dispositions tendent bien souvent à protéger le petit fournisseur face au grand distributeur. Indéniablement, ce petit fournisseur constitue un exemple de petit professionnel mais cette considération est trop réductrice pour englober l'ensemble de la catégorie.

260. - **Remise en cause de l'efficacité de la lutte ?** Sanctionner les déséquilibres significatifs s'inscrit parfaitement dans l'esprit de la protection du petit professionnel. Cependant, dans les faits, la généralisation de ce mécanisme démontre que la sanction est totalement acquise pour l'ensemble des professionnels, ce qui peut nuire à son efficacité. D'une part, le petit professionnel n'est pas au centre de la protection. D'autre part, élargir le domaine d'action de la lutte rend son application plus stricte et parcimonieuse de sorte que les juges deviennent parfois réticents et plus sévères dans leur appréciation. Ainsi, en plus du déséquilibre significatif engendré, l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce requiert un comportement du contractant qui consiste dans le fait de soumettre ou tenter de soumettre l'autre partie, c'est-à-dire de lui imposer des obligations sans pouvoir les négocier de manière effective⁸⁹⁶. C'est pourquoi, au regard de son application et de son appréciation l'utilité même de cette disposition a pu être remise en cause⁸⁹⁷.

En dépit des craintes exprimées quant à la portée de cet article, l'ordonnance du 24 février 2019 est venue élargir le champ d'application du texte en englobant l'ensemble des rapports

⁸⁹³ En ce sens : M. CHAGNY, « Vers un principe d'interprétation strict du droit des pratiques restrictives et son exclusion des relations « hors-marché » », *RTD com.*, 2018, p. 633, obs. sous Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-18.864.

⁸⁹⁴ Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-18.864 ; *CCC*, 2018, comm. 9, note N. MATHEY ; *AJ Contrat*, 2018, p. 31, obs. G. PARLEANI ; *RTD com.*, 2018, p. 633, obs. M. CHAGNY ; *Concurrences*, n° 1-2018, p. 113, obs. F. BUY.

⁸⁹⁵ Cass. 3^{ème} civ., 11 oct. 2018, n° 17-23.211 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 531, obs. F. BUY ; *RTD com.*, 2018 p. 968, obs. D. HIEZ ; *JCP E.*, n° 49, 2018, 1627, note N. DISSAUX.

⁸⁹⁶ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, préc. V. plus récemment: CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; *CCC*, 2018, comm. 175, note N. MATHEY ; *AJ Contrat*, 2018, p. 385, obs. L.-M. AUGAGNEUR ; *Concurrences*, n° 4-2018, p. 132, obs. F. BUY. En l'espèce, la Cour fait expressément référence à cet élément important d'interprétation pour caractériser « l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif ».

⁸⁹⁷ V. not., M. MALAURIE-VIGNAL, « L'article L. 442-6 du Code du commerce, une disposition restée lettre morte ? », *CCC*, n° 6, juin 2006, étude 10.

contractuels de sorte que la lutte contre les déséquilibres significatifs va de toute évidence trouver un nouveau souffle. Bien plus, il y a lieu de rappeler ici que pour renforcer et assurer l'efficacité de cet instrument, la compétence de juridictions spécialisées a expressément été prévue⁸⁹⁸ et l'exercice de l'action n'a pas été limité à la seule victime des pratiques litigieuses mais a été ouvert au ministère public ou au ministre chargé de l'économie⁸⁹⁹. Il convient de noter à cet égard que l'action du ministre est « *une action autonome [...] qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs* »⁹⁰⁰. De telles mesures offrent incontestablement une opportunité pour les petits professionnels qui auraient peur d'agir à l'encontre de leurs partenaires plus puissants⁹⁰¹.

c) La sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie

261. - **Explications.** Il est admis par une doctrine reconnue que « *la rupture du contrat constitue le risque principal des entreprises dépendantes* »⁹⁰². Cet élargissement du cadre protecteur mis en place au profit du contractant faible a connu un regain d'intérêt lors de l'extension de ces dispositions au domaine de la rupture abusive d'une relation commerciale établie⁹⁰³. Ainsi, l'article L. 442-1, II du Code de commerce⁹⁰⁴ prévoit expressément l'interdiction de toute rupture brutale, même partielle, d'une relation

⁸⁹⁸ C. com., art. D. 442-3 et art. D. 442-4. À cet égard, si les difficultés liées à la spécialisation juridictionnelle ne peuvent être méconnues, celle-ci présente néanmoins certains avantages. Pour une approche globale : F. BUY, « Intérêts et méfaits de la spécialisation juridictionnelle, in *Flux et reflux de la rupture brutale d'une relation commerciale - Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, Actes du colloque du 27 nov. 2017 à la Faculté de droit de Montpellier, C. MOULY-GUILLEMAUD (dir.), LexisNexis, 2018, p. 131.

⁸⁹⁹ C. com., art. L. 442-4, I, al. 1^{er}.

⁹⁰⁰ Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761 ; *Bull. civ.* IV, n° 143 ; *D.*, 2008, p. 2067, obs. E. CHEVRIER ; *D.*, 2008, p. 3046, note M. BANDRAC ; *CCC*, 2008, comm. 237, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *Concurrences*, n° 4-2008, p. 95, obs. D. FASQUELLE et L. ROBERVAL.

⁹⁰¹ Sur l'intérêt et les bienfaits de cette action pour les petits professionnels : v. plus précisément *infra* n° 752.

⁹⁰² D. MAZEAUD, « La rupture du contrat – La perspective française », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 175 et s.

⁹⁰³ C'est la loi n° 96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dite « Loi Galland », *JORF* n° 153 du 3 juill. 1996, p. 9983, qui est venue étendre le champ d'application de l'action en responsabilité au cas particulier de la rupture abusive d'une relation commerciale établie. L'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986 a ainsi été modifié afin de sanctionner le fait « *De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels. Les dispositions précédentes ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou de force majeure* ». Ces dispositions ont été codifiées à l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, désormais devenu l'article L. 442-1, II de ce Code, et ont fait l'objet de précisions notamment par l'article 56, 4° de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁹⁰⁴ C. com., anc. art. L. 442-6, I, 5°.

commerciale établie « *en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce et aux accords interprofessionnels* »⁹⁰⁵. Si le texte n'opère pas précisément de distinction entre les professionnels de grande taille et les professionnels de plus petite taille, il devait permettre initialement de lutter contre les déréférencements des fournisseurs modestes par leur partenaire de la grande distribution⁹⁰⁶. Toutefois, « *la force d'attraction* » de ces dispositions, bien souvent invoquées dans d'autres circonstances, a conduit à leur expansion⁹⁰⁷. De manière indirecte, ce texte tend à assurer la protection des petits fournisseurs dont les produits précédemment référencés se trouvent laissés à l'abandon. Son succès a permis de lui conférer une toute autre dimension. Bien que la rupture brutale d'une relation commerciale établie puisse être caractérisée « *indépendamment de toute situation de dépendance économique* »⁹⁰⁸, il a été relevé que la vocation de ce texte est bien de protéger « *les entreprises dépendantes, le contractant faible* »⁹⁰⁹, sans considération spéciale pour la taille des partenaires en cause.

262. - **Application extensive.** Le domaine de la rupture brutale est très large et le texte a été appliqué de manière extensive⁹¹⁰. Un auteur a ainsi pu soutenir que « *d'une manière générale, il faut admettre que le texte a vocation à régir toutes les relations d'affaires qui s'établissent entre professionnels* »⁹¹¹. Les juges ont d'ailleurs pu faire preuve de souplesse en appliquant par principe ces dispositions à toute relation commerciale établie⁹¹². En dépit des fluctuations observées⁹¹³ et de l'impression d'une réaction au « *cas*

⁹⁰⁵ Pour une approche détaillée de ces dispositions et de leurs conditions d'application : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n° 369 et s., p. 294 et s.

⁹⁰⁶ Not. les grandes surfaces.

⁹⁰⁷ J. MESTRE, « Rupture des contrats : la force d'attraction de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce », *RLDC*, 2013, suppl. au n° 110, étude 6.

⁹⁰⁸ Cass. com., 17 mars 2004, n° 02-17.575 ; *D.*, 2005, p. 150, obs. D. FERRIER.

⁹⁰⁹ D. MAZEAUD, « La rupture du contrat – La perspective française », préc., spéc. p. 180.

⁹¹⁰ Pour une critique de ce mouvement : L. VOGEL, « La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 855 et s.

⁹¹¹ J. BEAUCHARD, « Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *LPA*, 5 janv. 1998, p. 14.

⁹¹² V. par ex. : Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664, *Bull. civ.* IV, n° 57 ; *D.*, 2003, p. 2433, obs. D. FERRIER ; *JCP E.*, 2003, 1792, note D. MAINGUY ; *CCC*, 2003, comm. 107, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *CCC*, 2003, comm. 137, obs. L. LEVENEUR. L'arrêt précise : « *toute relation commerciale établie* », que celle-ci porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service » entre dans le champ d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

⁹¹³ De manière très générale, v. not. : C. MOULY-GUILLEMAUD (dir.), *Flux et reflux de la rupture brutale d'une relation commerciale - Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, Actes du colloque du 27 nov. 2017 à la Faculté de droit de Montpellier, LexisNexis, 2018.

par cas » parfois relevée⁹¹⁴, il est toujours possible d'apercevoir une extension du domaine de ce texte, notamment par l'émergence d'un recours au critère de l'activité économique⁹¹⁵. À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que le bénéfice des dispositions relatives à la rupture d'une relation commerciale établie n'est pas exclue pour une association sans but lucratif dans le cadre de ses relations économiques⁹¹⁶. Sur ce point, il y a lieu de relever que le poids économique d'une association peut être parfois plus important que celui de certaines entreprises exerçant également une activité économique.

d) Prise en compte de la taille des opérateurs ?

263. - **Application et conséquences pour le petit professionnel.** Au regard de ce qui précède, la situation du petit professionnel n'est pas particulièrement mise en évidence. À cet égard, aucune cohérence ne se dégage des mesures de protection compte tenu de la taille des professionnels concernés, ce qui est de nature à limiter la protection mise en place à leur encontre dès lors qu'aucune distinction n'est opérée. À l'inverse, ces petits professionnels sont soumis au même régime que les autres et doivent donc respecter les obligations afférentes même si elles peuvent parfois apparaître contraignantes pour eux⁹¹⁷. Le droit des pratiques restrictives n'est donc pas limité au profit des opérateurs de petite taille et donc du petit professionnel. Il est alors possible de relever l'effet pervers des règles protectrices de la partie faible en droit de la concurrence puisque la protection recherchée peut se retourner contre le bénéficiaire étant donné qu'il peut s'agir de n'importe quel acteur économique. Tout de même, la prise en considération de seuils est de nature à encourager l'appréciation du petit professionnel.

264. - **Seuils.** Le législateur n'apparaît pas toujours réticent à tenir compte, dans certaines hypothèses, de la taille de l'activité exploitée par le professionnel pour lui appliquer

⁹¹⁴ N. MATHEY, « La rupture des relations commerciales établies », *AJ Contrat*, 2019, p. 66.

⁹¹⁵ Sur lequel : R. AMARO, « La relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence », *AJ Contrat*, 2019, p. 8, spéc. n° 11.

⁹¹⁶ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-13.013 ; CCC, 2017, comm. 54, note N. MATHEY ; *JCP E.*, 2017, 1152, note N. DISSAUX ; *D.*, 2017, p. 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves SERRA ; *AJ Contrat*, 2017, p. 135, obs. E. DUMINY ; *Concurrences*, n° 2-2017, p. 117, obs. J.-L. FOURGOUX. Rapp. Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-15.555 ; *AJCA*, 2016, p. 155, note S. CARVAL ; CCC, 2016, comm. 67, note N. MATHEY. Dans cette hypothèse, il a été indiqué que si une association pouvait, en cas de rupture d'une relation commerciale établie, revendiquer le bénéfice de l'ancien article L. 442-2, I, 5° du Code de commerce, elle n'est pas tenue par ces dispositions lorsqu'elle prend l'initiative de la rupture.

⁹¹⁷ V. *infra* n° 516 et s.

un régime particulier ; c'est le cas en l'occurrence du commerçant. L'ampleur des dispositions de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce offrait également une place à l'instauration de critères de seuils spécifiques. Ainsi, l'ancien article L. 442-6, II, e) du Code de commerce bénéficiait exclusivement au « *revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés* ». Ce sont désormais les dispositions de l'article L. 442-5, II, 5° qui font référence à la surface de vente et notamment « *aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés* » pour exclure l'application des dispositions de l'article L. 442-5, I sur la revente à un prix inférieur au prix d'achat.

Surtout, le champ d'application de la directive du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire fonctionne précisément avec l'utilisation de seuils⁹¹⁸. Il est ainsi prévu que les dispositions de la directive s'appliquent aux pratiques commerciales déloyales dans le cadre de ventes de produits agricoles et alimentaires par des fournisseurs à des acheteurs en fonction de leurs chiffres d'affaires respectifs.

265. - **Ouverture.** Le droit européen opère plus aisément une distinction entre les grandes entreprises et les PME dans l'application des règles concurrentielles. Aussi, les projets européens tendent à assurer une protection ciblée en faveur des « petits ou moyens fournisseurs » qui ne se limite pas nécessairement à des secteurs déterminés comme le domaine agricole, mais peut être étendue à l'ensemble des producteurs, des fabricants et même des distributeurs dès lors qu'ils répondent à la définition des micro, petites et moyennes entreprises⁹¹⁹. À titre illustratif, le droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels au sein de l'Union européenne prend en compte la situation particulière des PME⁹²⁰ en faisant jouer un rôle spécifique à ce statut dans le cadre, par exemple, de la chaîne d'approvisionnement alimentaire⁹²¹. Cette démarche s'est concrétisée par l'adoption de la

⁹¹⁸ Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, *JOUE* n° L 111 du 25 avr. 2019, p. 59, art. 1^{er}.

⁹¹⁹ C'est ce qui est notamment préconisé par la recommandation n° 2003/361/CE du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *JOUE* n° L 124 du 20 mai 2003, p. 36, spéc. le considérant n° 7 s'agissant des politiques de droit de la concurrence.

⁹²⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises », COM (2014), 472 final du 15 juill. 2014.

⁹²¹ En ce sens, la Résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)), spéc. paragraphes n° 3 et 20.

directive du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019⁹²² tendant à prendre en compte la situation des petits producteurs agricoles qui se trouvent en difficulté dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Déjà, la proposition de directive du 12 avril 2018 évoquait dans cette optique la nécessité de permettre aux opérateurs « *d'affronter la concurrence dans des conditions équitables* »⁹²³ en visant spécifiquement les PME.

266. - **Pratiques restrictives : un droit « singulier » des contrats et une protection limitée des petits.** Il a été récemment observé que « *certaines critiques formulées à leur rencontre [des pratiques restrictives] tiennent à ce que ces règles, contrairement à celles qui appréhendent les pratiques anticoncurrentielles, n'exigent pas de vérifier l'incidence des pratiques sur le jeu de la concurrence. Ces interdictions per se conduisent par conséquent à condamner systématiquement, sur le plan juridique, des agissements qui ne sont pas toujours nocifs d'un point de vue économique. Par ailleurs, elles nourrissent parfois des interrogations quant à leur utilité même et quant au point de savoir s'il ne s'agit pas davantage d'un droit singulier des contrats. Cette dernière question est au demeurant soutenue par le constat selon lequel, en droit français des pratiques restrictives, la protection des PME concurrentes est en recul tandis qu'elle est, tout au contraire, en fort développement, en ce qui concerne leurs relations contractuelles* »⁹²⁴. En résumé, si le droit des pratiques restrictives ne semble pas propice à une protection effective du petit professionnel, il est permis d'espérer et rechercher ailleurs des outils protecteurs.

267. - **Synthèse sur la protection du petit professionnel par le droit de la concurrence.** Le droit de la concurrence et les dispositions particulières en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante et abus de dépendance, présentent ici un problème majeur s'agissant de la protection du petit professionnel. En effet, l'intérêt accordé aux relations entretenues par les acteurs économiques et à leur impact sur le marché apparaît prioritaire par rapport à celui apporté au petit professionnel, ce qui pénalise la protection de ce dernier. Il s'agit donc moins d'un droit porté sur les acteurs économiques que d'un droit relatif au marché lui-même. C'est ainsi que l'objectif principal n'est pas de

⁹²² Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JOUE n° L 111 du 25 avr. 2019, p. 59.

⁹²³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 12 avr. 2018 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, COM(2018) 173 final, 2018/0082 (COD), p. 1.

⁹²⁴ M. CHAGNY, « Cours à quatre mains sur « PME et droit de la concurrence » », préc., spéc. p. 51.

protéger certains opérateurs en situation d'infériorité ou dépendants, mais de mettre en place des dispositions générales et fondamentales pour réguler le marché. Un autre inconvénient touchant tout particulièrement le petit professionnel réside dans le fait que « *les entreprises victimes de tels abus sont essentiellement des petites et moyennes entreprises dont la disparition ne se ressentira pas sur le marché* »⁹²⁵. Il en est de même du droit des pratiques restrictives qui « *en protégeant les professionnels, [...] protège indirectement les consommateurs [...] ces derniers [étant] les véritables bénéficiaires du droit de la concurrence* »⁹²⁶. Un tel constat invite plus encore à se pencher sur la nécessité de protéger le petit professionnel tout en relevant que le droit de la concurrence, bien que constituant une piste intéressante à la démarche, ne semble pas mettre en œuvre une véritable protection efficiente⁹²⁷. Le droit commun apportera peut-être plus de réponses.

B. En droit commun

268. - **D'un refuge à une volonté d'ouverture.** Par sa vocation générale, le droit commun s'applique à tous les contractants, qu'ils soient professionnels, consommateurs, particuliers ou autres. Plus spécialement, il constitue une sorte de « *refuge* » pour le professionnel qui se trouve exclu des protections mises en place, notamment par le droit de la consommation⁹²⁸. Pendant longtemps, le droit commun est demeuré ancré au sein d'articles à l'aspect vieillissant issus de la rédaction du Code civil de 1804, et très peu modifiés depuis⁹²⁹. Ainsi, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est intervenue afin d'apporter de la clarté à ces dispositions plus que centenaires et d'« *assurer un bon équilibre d'ensemble entre sécurité contractuelle, efficacité économique et justice commutative* »⁹³⁰. Aussi, le postulat initial de libéralité défendu par les rédacteurs de 1804

⁹²⁵ S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, op. cit., n° 796, p. 582.

⁹²⁶ J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, p. 113 et s., spéc., p. 132.

⁹²⁷ Ainsi, « *les règles destinées à assurer le bon fonctionnement du marché se révèlent peu protectrices des petites et moyennes entreprises* » et donc du petit professionnel : M. CHAGNY, « Cours à quatre mains sur « PME et droit de la concurrence » », préc., spéc. p. 53.

⁹²⁸ J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », préc., spéc., p. 116. L'auteur relève ainsi que les professionnels « *chassés des droits spéciaux protecteurs, viennent demander protection au droit civil* ».

⁹²⁹ Ainsi, le Code civil n'apparaissait plus comme « *le reflet fidèle et sincère de la lettre et de l'esprit du droit contractuel contemporain* » et ne constituait plus « *vraiment l'écrin du droit commun des contrats* » : D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, chron., p. 291, spéc. n° 2.

⁹³⁰ J. MESTRE, « Le bonheur contractuel ! », *AJCA*, 2016, p. 105. C'est pourquoi, il apparaît « *difficile de déceler dans ce nouvel ensemble une philosophie bien nette des rapports sociaux* », s'agissant en réalité d'une

s'éloigne peu à peu au profit de la justice contractuelle. De véritables nouveautés sont apparues et ont engendré une réelle ouverture de ce droit parfois considéré comme poussiéreux et peu attractif⁹³¹. Il peut donc être considéré que le droit des contrats est aussi devenu, au fil du temps, un probable instrument de protection du petit professionnel⁹³².

269. - « **Schizophrénie** » et nouvelle *summa divisio*. Ce côté « schizophrène » d'un droit commun tiraillé pour, d'une part, garantir la liberté de chaque contractant et, d'autre part, assurer une protection aux parties en ayant besoin semble se manifester et prendre sens au travers de la nouvelle *summa divisio* pensée par le Professeur REVET et fondée sur le rôle de la volonté dans le contrat. Pour celui-ci, « *la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion constitue la nouvelle summa divisio du droit commun des contrats* »⁹³³. En ce sens, il est possible d'estimer que le droit commun demeure assez libéral lorsqu'il s'agit d'observer la catégorie des contrats de gré à gré toujours soumise à la quintessence de la liberté et du volontarisme contractuel, tandis qu'il prend un aspect plus protecteur du point de vue de la catégorie des contrats d'adhésion où le rôle de la volonté est moindre.

270. - **Plan**. Si le droit commun est longtemps demeuré, et reste encore par certains abords, réticent à l'ouverture d'instruments protecteurs favorables aux contractants plus faibles (1), leur émergence se manifeste petit à petit (2).

1. Ouverture réservée envers les instruments protecteurs

271. - **Rappel**. Historiquement le Code civil n'a pas eu vocation à protéger les contractants en position d'infériorité ou de dépendance. En 1804, ses auteurs n'ont pas eu

« *œuvre de compromis* », A. BENABENT et L. AYNES, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.*, 2016, p. 434.

⁹³¹ En matière, par ex., de protection du consentement du professionnel et de lutte contre les clauses abusives, il avait déjà été relevé que « *le droit de la concurrence ne devrait [...] pas être le fondement exclusif de cette intervention jurisprudentielle. [...] Dès lors, la théorie générale du contrat devrait aussi à l'avenir leur servir d'appoint (cf aux tribunaux) dans cette lutte contre les clauses abusives* » : J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », *in mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249 et s., spéc. p. 257.

⁹³² En ce sens, J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », préc., spéc., p. 116.

⁹³³ Th. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.*, 2018, p. 124, spéc. n° 3. *Adde*, du même auteur : « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », *D.*, 2016, p. 1771.

pour souci principal la prise en compte de la position des parties⁹³⁴. Le postulat de libéralité prévalait dans les relations, bien souvent au détriment de la justice contractuelle. Surtout, malgré l'objectif avéré de protection de la partie faible, il n'est pas certain que le Code civil ait véritablement cette vocation⁹³⁵ et il demeure des situations étanche à tout mécanisme protecteur.

272. - **Plan.** La force conférée à la liberté contractuelle (a) et à la sécurité contractuelle (b) illustre la résistance du droit commun et son ouverture prudente à la mise en œuvre d'instruments protecteurs.

a) Le maintien de la liberté contractuelle

273. - **Principe directeur et général.** « *Le contrat étant par essence un acte de volonté de la part des contractants* »⁹³⁶, il est normal que ces derniers aient le rôle principal et les moyens pour le mettre en œuvre. Le principe de la liberté contractuelle a toujours été proclamé depuis la promulgation du Code civil en 1804. Puisque le contrat repose sur la volonté des parties qui s'engagent, les rédacteurs du Code civil puis ses exégètes ont entièrement fondé cet acte sur la théorie dite de « l'autonomie de la volonté », dont le principe de liberté contractuelle est un corollaire⁹³⁷.

D'abord inscrit dans l'historique et ancien article 1134 du Code civil⁹³⁸, cette liberté est devenue un véritable principe directeur du droit des contrats. L'article 1102 du Code civil dispose en effet que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Ainsi, tout contractant de manière indistincte peut librement faire le choix de s'engager

⁹³⁴ Que ce soit en fonction de leur taille, de leurs éventuelles détresses ou de leurs vulnérabilités économiques et techniques.

⁹³⁵ Les critiques portées par une partie de la doctrine lors de l'inscription dans le Code de règles favorables à la protection des parties faibles incitent à le penser (v. *infra* n° 299). Que ce soit pour les soucis d'atteinte à la liberté contractuelle ou à la sécurité juridique, la volonté de préserver un certain libéralisme, une distance avec plusieurs dispositions protectrices, demeure dans certains cas.

⁹³⁶ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2008, n° 1326, p. 370-371.

⁹³⁷ Ainsi, chacun étant « *en principe, libre de contracter ou de ne pas contracter* », il est reconnu que « *l'autonomie de la volonté, qui repose sur la liberté individuelle, joue [...] pour tous les contrats* » : H., L. et J., MAZEAUD, et M. de JUGLART, *Leçons de droit civil, tome III, vol. 2, Principaux contrats*, 3^e éd., Monchrestien, 1968, n° 760, p. 20.

⁹³⁸ L'ancien article 1134 du Code civil disposait : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

avec telle ou telle personne, d'inscrire telle ou telle clause dans le contrat, de prévoir telle ou telle modalité d'exécution des obligations prévues, dès l'instant qu'il respecte le cadre de la loi. Si le droit civil est pour beaucoup axé sur la liberté dans le contrat, c'est aussi pour répondre à l'instauration d'une économie libérale qui considère cette liberté des contrats comme indispensable au détriment de la situation des individus et donc de la spécificité de chaque contractant⁹³⁹. En résumé, elle recoupe autant la liberté de consentir, que de choisir son cocontractant, ou encore de déterminer la forme et le contenu du contrat concerné : il s'agit pour les parties de pouvoir conclure tous les contrats possibles et imaginables afin d'en tirer profit, principe même de l'économie libérale et de la circulation des biens et services.

274. - **Conséquence.** Aucune attention ou protection n'a été particulièrement proposée et apportée par le droit commun des contrats au petit professionnel, ni à aucune autre partie spécifique d'ailleurs. Bien au contraire, le principe de la liberté contractuelle a été exploité dans une vue créative et permet encore un véritable renouveau des contrats, avec l'essor de divers types d'opérations et montages juridiques surtout entre professionnels⁹⁴⁰, sans que la théorie générale du contrat permette une vraie prise en compte de l'ensemble du mouvement⁹⁴¹. À cet égard, le fait, pour certains auteurs, de soutenir que le contrat d'adhésion nouvellement reconnu par le droit commun⁹⁴² constitue une simple exception au modèle contractuel général⁹⁴³ confirme le maintien au premier plan de la liberté contractuelle⁹⁴⁴.

275. - **Limites et déclin de la théorie de l'autonomie de la volonté.** Le principe de l'autonomie de la volonté suppose l'existence d'une certaine égalité des contractants. Or, celle-ci n'est pas toujours assurée⁹⁴⁵. Aussi, il a été précisément relevé que « *la liberté contractuelle ne peut pas servir à la dictature du plus fort et que l'autonomie de la volonté demande un moyen de correction si la liberté contractuelle de la partie cocontractante n'est*

⁹³⁹ Selon la doctrine libérale, il est récurrent d'affirmer que le bon fonctionnement du marché est protégé par la liberté laissée à ses acteurs, et limité par les encadrements mis en place par le législateur.

⁹⁴⁰ V. par ex. : D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1998.

⁹⁴¹ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s. L'auteur en profite d'ailleurs pour rappeler que « *La liberté contractuelle, entendue comme la liberté de déterminer le contenu du contrat, demeure un moyen d'oppression au profit du plus fort* », spéc. n° 5, p. 237. Il met ainsi en évidence les déséquilibres engendrés qui nécessitent une intervention extérieure au contrat.

⁹⁴² C. civ., art. 1110.

⁹⁴³ Au même titre que les contrats de consommation ou les contrats de dépendance.

⁹⁴⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018, n° 111, p. 132 et s.

⁹⁴⁵ V. *infra* n° 345 et s.

pas respectée »⁹⁴⁶. C'est pourquoi la liberté contractuelle tend par exemple à céder parfois du terrain face à l'ordre public⁹⁴⁷. En outre, d'autres principes, aussi qualifiés comme directeurs, tels que la bonne foi, la justice contractuelle, ou l'ordre public, viennent tempérer la liberté contractuelle. En effet, la théorie de l'autonomie de la volonté a connu, et connaît encore, un certain déclin⁹⁴⁸ lié principalement à la critique de la doctrine volontariste amorcée depuis le début du XX^e siècle⁹⁴⁹. Ainsi, le dépassement de cette théorie semble désormais établi et confirmé⁹⁵⁰. De surcroît, une prise en compte spécifique du petit professionnel offre une nouvelle occasion de démontrer que la théorie de l'autonomie de la volonté ne peut être ainsi pensée en matière contractuelle.

Ce déclin affaiblit nécessairement le principe de la liberté contractuelle et même si celui-ci prédomine toujours aux relations contractuelles, il n'est plus, de ce fait, l'unique pilier du droit des contrats.

En résumé, les limites à la liberté contractuelle sont généralement constituées par l'ordre public, les bonnes mœurs, la non-discrimination et les droits fondamentaux. Au regard des nouvelles dispositions du droit commun des contrats, seul l'ordre public apparaît comme la principale limite à la liberté contractuelle, étant en outre rappelé que peu de dispositions sont d'ordre public et que la majorité des articles du droit nouveau présentent un caractère supplétif, ce qui est également de nature à renforcer la liberté des parties, ou à tout le moins ne pas la brider.

276. - **Outils de protection.** Le droit commun a tout de même mis en place des mécanismes pour contrebalancer les risques découlant d'un exercice excessif de la liberté accordée aux contractants. En ce sens, la théorie des vices du consentement a toujours

⁹⁴⁶ S. LORENZ, « La protection contre les déséquilibres contractuels – la perspective allemande », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 107.

⁹⁴⁷ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, t. 1, préf. P. ESMEIN, 1953.

⁹⁴⁸ V. par ex., G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965 (1 vol. de texte, 1 vol. de notes bibliographiques). Après une étude historique notamment sur les origines des conceptions modernes du contrat, l'auteur apporte une appréciation approfondie de la notion, en contestant, d'une part, le fondement de la force obligatoire du contrat résultant de l'unique volonté et, d'autre part, l'inadéquation de la théorie de l'autonomie de la volonté, spéc. p. 417 et s.

⁹⁴⁹ V. déjà, E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912.

⁹⁵⁰ En ce sens, F. CHENEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2013, p. 155 et s. L'auteur ayant par ailleurs souligné, en évoquant la pensée de Georges ROUHETTE qu'« assurément, c'est l'hétéronomie, et non l'autonomie de la volonté, qui apparaît au fil du titre III du livre III », F. CHENEDE, « Contrat », in *Hommage à Georges ROUHETTE*, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013, p. 31.

constitué un instrument protecteur du contractant même professionnel⁹⁵¹. Pendant longtemps et avant sa suppression à la suite de la réforme du droit des contrats, la cause⁹⁵² a également permis à la jurisprudence d'offrir une certaine protection aux contractants. Cette théorie considérée alors comme « *une pièce maîtresse du système français des obligations* »⁹⁵³ avait pour vocation de contrôler à la fois l'existence de la teneur de l'obligation, ainsi que la licéité du contrat. Ainsi, elle a constitué un instrument indispensable à l'appréciation de la portée de l'engagement des parties au regard de l'obligation essentielle du contrat⁹⁵⁴. Si les effets de la suppression de la cause doivent être mesurés et nuancés en ce que les nouvelles dispositions du droit des contrats ont repris une partie de ses fonctions, il est certain que sa disparition « *privera, à l'avenir, le juge d'une notion flexible et performante* »⁹⁵⁵. Outil flexible, la cause présentait à l'évidence « *un très fort potentiel de protection* » pour les contractants⁹⁵⁶.

Bien plus, la protection du contractant se pose aussi lorsque le besoin de protection naît, par exemple, au cours de l'exécution du contrat. Un déséquilibre peut être créé à la suite de la survenance d'un bouleversement en cours de relation, ce qui modifie l'équilibre initial. Ces éventuels changements peuvent être prévus ou non par les clauses du contrat⁹⁵⁷. De même, des mécanismes ont été instaurés quand la disparition d'un contrat peut entraîner des conséquences sur d'autres relations. C'est l'hypothèse de l'interdépendance contractuelle en matière notamment de crédit-bail et de location financière. La Cour de cassation a eu l'occasion de construire un régime adapté à cette situation⁹⁵⁸ et sa jurisprudence a été

⁹⁵¹ J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, p. 113 et s., spéc. p. 119 et 122.

⁹⁵² C. civ., anc. art. 1108 et anc. art. 1131 et s.

⁹⁵³ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 3^e éd., 2007, n° 603, p. 310.

⁹⁵⁴ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 223 ; CCC, 1997, 24, obs. L. LEVENEUR ; *D.*, 1997, p. 121, note A. SERIAUX ; *D.*, 1997, somm. comm., p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.*, 1997, p. 418, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.*, 1998, p. 213, obs. N. MOLFESSIS ; *RTD com.*, 1997, p. 319, obs. B. BOULOC ; *Defrénois*, 1997, 333, obs. D. MAZEAUD ; *JCP*, 1997, I, 1997, 418, obs. J. MESTRE ; *JCP*, 1997, II, 22881, note D. COHEN (affaire *Chronopost* portant sur l'appréciation d'une clause limitative de responsabilité au regard de la ponctualité dans le cadre d'un contrat de livraison express). *Rapp. Cass. com.*, 29 juin 2010, n° 09-11.841 ; *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *D.*, 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD ; *JCP G.*, 2010, 787, note D. HOUTCIEFF ; *JCP G.*, 2011, chron. 63, n° 6-7, obs. J. GHESTIN ; *JCP E.*, 2010, 1790, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; CCC, 2010, comm. 220, obs. L. LEVENEUR ; *RDC*, 2010/4, p. 1253, obs. O. DESHAYES (affaire *Faurecia* portant sur l'appréciation d'une clause limitative de responsabilité dans le cadre d'un contrat de licences).

⁹⁵⁵ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », art. préc., spéc. n° 8.

⁹⁵⁶ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », art. préc., spéc. n° 9.

⁹⁵⁷ V. pour une approche générale s'agissant de l'hypothèse de la révision du contrat et des clauses dites de « hardship » : Y. LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de hardship », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica, 2010, p. 267 et s.

⁹⁵⁸ Pour une approche générale sur cette évolution et l'influence de la réforme du droit des contrats : v. S. BROS, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.*, 2016, p. 29.

harmonisée par deux arrêts importants rendus par la Chambre mixte le 17 mai 2013⁹⁵⁹. La Cour a posé la règle selon laquelle : « *les contrats concomittants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants ; [...] sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* ». Par deux arrêts récents, la Haute juridiction a apporté une précision essentielle quant à la sanction appliquée aux contrats de l'ensemble en cas de résiliation de l'un d'eux⁹⁶⁰. Cette solution a été reprise par la réforme du droit des contrats⁹⁶¹.

277. - **Conséquence pour le petit professionnel : la loi du fort demeure ?** Dans le modèle contractuel de droit commun⁹⁶², il n'existe pas de dispositions spécifiques au petit professionnel. Celui-ci peut néanmoins recourir à certains palliatifs généraux mis en place pour protéger le consentement de chaque contractant sans distinction, ainsi que les éventuels déséquilibres subis. L'efficacité de ces instruments à la situation spécifique du petit professionnel n'est pas garantie, ce à quoi il conviendra de remédier.

b) La préservation de la sécurité contractuelle

278. - **Objectif avéré.** La sécurité est « *indispensable au développement des échanges économiques* »⁹⁶³. Même si des doutes existent quant à son application pratique et à son appréciation par les praticiens du droit, « *l'un des objectifs de la réforme est [...] de renforcer la sécurité contractuelle et bon nombre de nouvelles dispositions devraient sans doute y contribuer* »⁹⁶⁴. Aussi, il a été précisé que la « *sécurité, c'est précisément la*

⁹⁵⁹ Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *D.*, 2013, p. 1273, obs. X. DELPECH ; *D.*, 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD ; *D.*, 2013, p. 2487, obs. C. LE STANC ; *D.*, 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; *RTD com.*, 2013, p. 569, obs. D. LEGEAIS ; *JCP G.*, n° 24, 2013, 673, note F. BUY ; *JCP G.*, n° 24, 2013, 674, note J.-B. SEUBE ; *JCP E.*, 2013, 1403, note D. MAINGUY ; *Gaz. Pal.*, 13 juin 2013, n° 164, p. 11, obs. N. GUERRERO ; *Gaz. Pal.*, 4 juill. 2013, n° 185, p. 18, obs. D. HOUTCIEFF ; *CCC*, 2013, comm. 176, note L. LEVENEUR.

⁹⁶⁰ Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-23.552 et n° 15-27.703 ; *D. actu.*, 26 juill. 2017, obs. X. DELPECH ; *JCP G.*, n° 40, 2017, 1021, note F. BUY ; *JCP E.*, n° 40, 2017, 1523, note N. DISSAUX. L'arrêt précise qu'en cas d'interdépendance des contrats, « *la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute* ».

⁹⁶¹ C. civ., art. 1186, al. 2.

⁹⁶² C'est-à-dire celui où la liberté contractuelle est pleinement maintenue comme dans le cadre des contrats de gré à gré.

⁹⁶³ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », art. préc., spéc. n° 7.

⁹⁶⁴ N. RONTCHEVSKY, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJCA*, 2016, p. 112, spéc. n° 13.

principale vertu attendue de ces quelques 300 nouveaux articles du code civil »⁹⁶⁵. L'affirmation avec force de la défense de la sécurité contractuelle constitue donc une nouveauté importante apportée par cette refonte du droit des contrats.

279. - **Prévisibilité.** Comme cela a été souligné par le Professeur STOFFEL-MUNCK : « *La sécurité juridique c'est la prévisibilité dans l'application du droit* »⁹⁶⁶. Le contrat est l'instrument de prévisibilité par excellence⁹⁶⁷. La prévisibilité du droit, particulièrement du droit des contrats⁹⁶⁸, est un enjeu essentiel dans les stratégies d'implantation des acteurs économiques dans un pays déterminé et donc de la sécurité juridique⁹⁶⁹. En ce sens, toute politique de protection visant à la mise en place d'instruments protecteurs des contractants en position de faiblesse est facteur de remise en question de la stabilité du contrat et donc de fragilisation des relations contractuelles⁹⁷⁰. Pour autant, lutter contre les déséquilibres contractuels et les inégalités, ou encore opérer une distinction en raison de la différence de statut avéré entre deux contractants, sont des objectifs légitimes. C'est pourquoi, si l'attractivité du droit français des contrats a été un objectif déterminant de la dernière réforme, il ne doit pas être réalisé au détriment d'une partie des acteurs économiques bénéficiant de ce droit. Attractivité ne « rime » d'ailleurs pas nécessairement avec le caractère équitable du droit, ni même avec son efficacité. Un droit attractif n'est pas

⁹⁶⁵ X. DELPECH, « Un vent de modernité sur le droit des contrats », *AJCA*, n° 3, 2015, p. 119, spéc. p. 120.

⁹⁶⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les enjeux majeurs de la réforme « Attractivité, Sécurité, Justice » », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), Dalloz, 2015, p. 17 et s., spéc. p. 20. L'auteur précise aussi que « *la sécurité juridique c'est la prévisibilité du droit par la rationalité de celui-ci et par la rationalité qui gouverne son application. Cette sécurité juridique permet à une personne d'anticiper les conséquences juridiques de ses initiatives* ».

⁹⁶⁷ En ce sens, v. la critique de l'insécurité créée par l'ancien droit : N. MOLFESSIS, « Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP*, 2015, p. 199, spéc. n° 5

⁹⁶⁸ Sur laquelle, pour une étude approfondie v. : L. MARIGNOL, *La prévisibilité en droit des contrats*, th. Université Toulouse 1, 2017.

⁹⁶⁹ Ce qui a été mis en évidence par la CCI de Paris faisant référence au baromètre attractivité Ernst & Young : « *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, Réponse de la CCI Paris Ile-de-France à la consultation ouverture par la Chancellerie* », Synthèse du rapport du 7 mai 2015, disponible à l'adresse Internet suivante <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/reforme-droit-des-contrats-fou1505-synthese.pdf>. Il est également intéressant de relever que dans le dernier baromètre attractivité, les priorités à long terme pour les investisseurs comprennent le soutien aux PME : « *Baromètre de l'attractivité de la France* », Ernst & Young, juin 2019, p. 32.

⁹⁷⁰ Ainsi, beaucoup d'évolutions sont perçues comme des freins à l'essor et à la pérennisation des relations économiques, en particulier la lutte contre les clauses abusives ou encore l'immixtion du juge dans l'application et l'appréciation du contrat, appréhendée comme un risque et une remise en cause, d'une part, de la liberté contractuelle et, d'autre part, de la sécurité contractuelle. Cependant, il est légitime de s'interroger sur ce dernier point : en quoi le juge, par essence indépendant et impartial, ne pourrait-il pas être le garant de cette liberté et de cette sécurité en cas de conflit entre les parties, tout particulièrement lorsqu'elles ne se trouvent pas sur un pied d'égalité ? De surcroît, faut-il laisser les contrats déséquilibrés être exécutés, parfois au détriment de l'un des contractants ? Dès lors qu'un conflit surgit entre deux contractants qui ne s'entendent plus, la place du juge, sans être concurrente à celle des parties, a toute son importance pour assurer un équilibre, un apaisement, et donc une certaine « paix » contractuelle.

nécessairement un bon droit, c'est-à-dire un bon droit pour tous qui, à l'inverse, ne sera pas toujours forcément attractif. En effet, si « *un bon droit ne suffit pas à lui seul à faire une économie prospère [...] il y participe* »⁹⁷¹. Le plus dur ici est de déterminer ce qu'est un « bon droit » : celui qui assure le plus de sécurité ? Le plus de protection ? Le plus de liberté ? Très certainement, celui qui assure un équilibre entre tous ces éléments. De plus, vers qui est-il dirigé ? Les grands ? Les petits ? De toute évidence, ce doit être un bon droit pour tout le monde. En ce sens, il est impératif que la notion de petit professionnel permette de pallier les éventuelles lacunes relevées, ainsi que les déficits de protection dont peuvent être victimes certains professionnels.

280. - **Finalité et raison d'être : raffermissement de la force obligatoire.** Dans une économie de marché telle qu'elle existe dans les pays occidentaux, la sécurité contractuelle constitue un élément fondamental à la réussite contractuelle, à l'essor des relations entre contractants et à leur efficacité. Dès lors, la valeur accordée à la force obligatoire des contrats est essentielle. Ce principe constitue, en effet, l'un des fondements du contrat puisque sans elle, ni sécurité, ni prévisibilité existent : le contrat non plus. Il s'agit bien là de la raison d'être du contrat, celui-ci est conclu car il donne force obligatoire à l'engagement pris. Dans l'optique du renforcement de la sécurité contractuelle, le législateur a indéniablement décidé d'accentuer la force obligatoire du contrat⁹⁷², notamment au travers des dispositions relatives aux promesses unilatérales⁹⁷³, ou encore à celles portant sur l'exécution forcée en nature des obligations⁹⁷⁴. À cet égard, le rejet de l'intervention du juge apparaît symptomatique, tout spécialement dans les relations entre professionnels où cette crainte est une réalité avérée⁹⁷⁵.

281. - **Ouverture progressive.** La jurisprudence antérieure à la réforme a pu protéger les professionnels dans certaines hypothèses. Par exemple, en matière d'obligation d'information pour les crédits bancaires, le banquier a un devoir de mise en garde vis-à-vis de

⁹⁷¹ A. OUTIN-ADAM, « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », *AJCA*, 2015, n° 6, Edito, p. 241.

⁹⁷² Celle-ci étant rappelée à l'article 1103 du Code civil qui reprend, presque au mot près, l'emblématique alinéa 1^{er} de l'ancien article 1134 : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

⁹⁷³ L'article 1124 du Code civil apporte une définition de la promesse unilatérale qui est le « *contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ».

⁹⁷⁴ C. civ., art. 1221. Il faut relever que l'exécution en nature peut être poursuivie sauf dans l'hypothèse où elle s'avère impossible, ou si une disproportion manifeste est relevée entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.

⁹⁷⁵ V. par ex., M. BENSADOUN, « Réforme du droit des contrats : les préoccupations des entreprises (partiellement) prises en compte », *AJCA*, 2016, p. 164.

l'emprunteur non averti, même professionnel⁹⁷⁶. Cette décision s'adresse donc aussi à la situation du petit professionnel qui est amené à contracter des crédits importants en raison de ses capacités financières limitées⁹⁷⁷. Aussi, au travers de la cause⁹⁷⁸ qui s'est avérée être un instrument de justice contractuelle particulièrement efficace comme en témoigne la célèbre « Affaire Chronopost » par laquelle la Cour de cassation a réputé non écrite une clause limitative de responsabilité au visa de l'ancien article 1131 du Code civil au motif qu'elle contredisait la portée de l'engagement pris⁹⁷⁹. Cette jurisprudence a d'ailleurs constitué le point de départ des discussions autour des clauses abusives entre professionnels et de leur proximité avec le droit de la consommation. Si la cause semble avoir disparu au sens littéral, nombre des solutions nées de son application demeurent et ont été codifiées.

282. - **Conséquence pour le petit professionnel : une protection qui se fait attendre.** Afin d'assurer le maintien de la sécurité contractuelle, une majorité de la doctrine est apparue réticente à la mise en place d'une protection particulière du petit professionnel dès lors que les risques pour la prévisibilité et la sécurité contractuelle ne seraient pas négligeables. La recherche de l'efficacité et d'une optimisation de la relation contractuelle par la partie en position de force ne permet pas véritablement de laisser une place au petit professionnel et à la satisfaction de ses besoins. Bien plus, l'absence de standardisation de ce contractant conduit à des incertitudes. Il n'est pas expressément visé par les protections mises en place et s'il peut éventuellement en bénéficier, ce sera de manière ponctuelle et surtout incertaine. L'impartialité et la marge de manœuvre laissée aux juges dans l'application des dispositifs protecteurs rendent leur appréciation relativement souple. Dans ces conditions, ces instruments de droit commun, à la vocation assez large, sont soumis au risque d'interprétations plus ou moins restrictives, voire divergentes.

283. - **Transition.** Pour autant, ces principes ne sont pas les seuls à innover le nouveau droit des contrats et il convient de relever notamment que « *la liberté ou marge de*

⁹⁷⁶ Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007 n° 06-11.673 et n° 05-21.104.

⁹⁷⁷ J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, p. 113, spéc., p. 116.

⁹⁷⁸ D. MAZEAUD, « La cause », in : *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 451.

⁹⁷⁹ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261, p. 223 ; CCC, 1997, 24, obs. L. LEVENEUR ; *D.*, 1997, p. 121, note A. SERIAUX ; *D.*, 1997, somm. comm., p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Defrénois*, 1997, 333, obs. MAZEAUD ; *JCP*, 1997, I, 418, obs. J. MESTRE ; *JCP*, 1997, II, 22881, note D. COHEN ; *Defrénois*, 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD.

manœuvre, chère aux opérateurs économiques, ne devient naturellement pas souveraine en tous points »⁹⁸⁰. C'est ainsi que le droit a pour mission de parfois suppléer, compléter, ou encadrer les contractants tout comme le contrat conclu, par des mesures permettant de répondre à certains conflits ou d'adapter la situation, voire de protéger le contractant en difficulté⁹⁸¹. Aussi, le droit commun des contrats n'est pas étranger à toute justice contractuelle⁹⁸².

2. Apparition d'instruments protecteurs dérogatoires⁹⁸³

284. - **Nouveauté et modernité.** Dans une certaine mesure, la réforme du droit des contrats a fait souffler un vent de fraîcheur sur les vieilles dispositions du Code civil. Très vite le législateur a pris conscience que le droit devait fournir « *aux entreprises des outils appropriés pour une efficacité économique optimale* »⁹⁸⁴. Néanmoins, il convient d'adapter ces outils à l'ensemble des contractants, les petits comme les grands. La lutte contre les déséquilibres contractuels et le besoin de protection ont précisément été appréhendés par le législateur. À cet égard, l'influence des projets européens a été essentielle, qu'il s'agisse des réflexions pour un Code européen des contrats, l'instauration d'un Cadre Commun de Référence, ou encore les Principes du droit européen du contrat établis par la Commission Lando⁹⁸⁵. Sur ces modèles, l'une des nouveautés importante repose sur la consécration et la définition de principes généraux, directeurs du droit des contrats. Tout particulièrement, le principe général de bonne foi pris en compte au stade de la formation et de l'exécution du

⁹⁸⁰ J. MESTRE, « Le bonheur contractuel ! », *AJCA*, 2016, p. 105.

⁹⁸¹ Que serait un contrat sans droit des contrats ? Les parties contractantes peuvent-elles tout prévoir, tout résoudre et se répartir l'ensemble des tâches sans difficultés ? Le droit n'a-t-il pas une place toute particulière en la matière ? Dans quelle mesure et à quel degré d'intervention doit-il agir et encadrer la relation contractuelle ? Qu'en serait-il si tout était laissé à la discrétion des parties, à l'exercice de leur liberté contractuelle ? Il est permis de penser que si le déséquilibre contractuel est souvent considéré comme « la rançon de la liberté contractuelle », il y aurait de fortes chances pour que les clauses du contrat demeurent silencieuses sur la gestion du risque de déséquilibre. Dans ces conditions, seul le juge pourrait combattre un tel déséquilibre surtout s'il est dû à l'exercice abusif d'un pouvoir unilatéral de l'un des contractants.

⁹⁸² V. not., J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, J. GHESTIN (dir.), 4^e éd., LGDJ, 2013, t. 1, 362-500.

⁹⁸³ Il faut comprendre que ces mécanismes sont dérogatoires au modèle contractuel de droit commun précédemment analysé et fondé sur une liberté contractuelle exacerbée. En ce sens et en dépit de leur vocation générale, ils ont essentiellement mission de régir les rapports contractuels déséquilibrés.

⁹⁸⁴ A. OUTIN-ADAM, « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », *AJCA*, 2015, n° 6, Edito, p. 241.

⁹⁸⁵ G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, coll. « Droit privé comparé et européen », SLC, vol. 2, 2003.

contrat⁹⁸⁶ apparaît comme le fer de lance de ce mouvement porté par l'apparition d'instruments favorables à la protection de tous les contractants et donc *a fortiori* du petit professionnel. Il semble d'ailleurs que certains mécanismes aient été pensés tout spécialement pour celui-ci. En outre, il a été conféré au principe de bonne foi un caractère d'ordre public⁹⁸⁷, ce qui n'est pas sans poser des questions⁹⁸⁸. Cette modernisation du droit des contrats pose indéniablement les bases d'une nouvelle vision du monde contractuel.

285. - **Solidarité et coopération.** Alors que le professionnel et, en l'occurrence, le petit professionnel ont cherché, avec plus ou moins de succès, dans le droit de la consommation, la protection leur faisant défaut, certains mécanismes de protection de la partie faible sont apparus en droit général des obligations. Plus que l'opposition entre les parties, le contrat devient peu à peu un lieu d'entraide, voire de coopération, suivant en cela l'affirmation de René DEMOGUE selon laquelle « *les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale* »⁹⁸⁹. Cette célèbre citation a fait l'objet d'un regain d'intérêt à l'occasion du développement de la théorie du solidarisme contractuel défendue par une partie de la doctrine⁹⁹⁰. De ce fait, au travers de notions telles que celle de la bonne foi, la solidarité entre contractants est transcendée, conduisant à développer une conception différente du contrat qui ne serait pas seulement l'opposition d'intérêts différents. Si chaque partie poursuit la défense de ses fins personnelles, le contrat est également accompli dans un but commun, en l'occurrence la défense d'une certaine entente par le biais de nouveaux devoirs, comme ceux de coopération, de collaboration, ou de solidarité⁹⁹¹. L'intérêt accordé à ce mouvement doit être d'autant plus prégnant que la récente réforme du droit des contrats semble demeurer

⁹⁸⁶ L'article 1104 alinéa 1 du Code civil dispose désormais : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

⁹⁸⁷ L'article 1104 alinéa 2 du Code civil dispose quant à lui « *Cette disposition est d'ordre public* ».

⁹⁸⁸ V. par ex., N. BALAT, « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.*, 2018, chron., p. 2099.

⁹⁸⁹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, II. Effets des Obligations*, Tome VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 9.

⁹⁹⁰ V. not. : C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s. ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 603 et s.

⁹⁹¹ Pour une étude approfondie : M. GENDRE-DEVOIVRE, *Collaboration et assistance entre les parties au contrat*, th. Clermont-Ferrand, 1981. V. égal., dans cette optique, le droit européen des contrats qui prône cette approche de manière générale et not. art. 1 : 202 des PDEC qui dispose « *Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet* ».

indifférente à la question des contrats d'intérêts communs⁹⁹². Il est dès lors important de tenir compte de ces évolutions dans le cadre de l'étude du petit professionnel et des relations contractuelles qu'il est susceptible d'entretenir, tant ces idées doivent apparaître dans les relations qu'il entretient.

286. - **Plan.** La nécessité de protéger les contractants en situation de faiblesse comme le petit professionnel a peu à peu vu le jour et s'est concrétisée par le biais notamment du contrat d'adhésion (a), tout particulièrement dans la lutte contre les clauses abusives qu'il peut enfermer (b), ou encore la lutte contre les abus de dépendance (c).

a) Le contrat d'adhésion

287. - **Apparition et standardisation.** Il a fallu attendre la seconde moitié du XX^e siècle et le véritable déclin de la théorie de l'autonomie de la volonté, pour voir apparaître les premières réflexions et les prémices du contrat dit « d'adhésion »⁹⁹³. L'objectif était déjà de s'intéresser aux contrats dont la conclusion ne fait l'objet d'aucune discussion entre les parties, en raison notamment de la dépendance de l'une à l'égard de l'autre. Ils ont connu très rapidement un essor. Une attention considérable de la doctrine, du législateur et de la jurisprudence leur a donc été apportée. Cette démarche a conduit indéniablement à affaiblir la liberté des parties rendant la pratique contractuelle inéquitable et déséquilibrée. L'apparition du contrat d'adhésion tend à confirmer que la doctrine volontariste et le droit tel que pensé par les rédacteurs du Code civil n'apparaissent plus adaptés. Le droit ainsi réfléchi et conçu ne permet pas de protéger les contractants, simples adhérents au projet contractuel établi par la partie la plus puissante. Il existe bien alors un consentement mais simplement pour dire « oui » ou « non », donner un accord ou refuser, pour adhérer et non pour discuter le contrat. Lorsque le rapport entre les parties est déséquilibré et inégalitaire, la pression engendrée par les contrats d'adhésion est encore plus manifeste et ceux-ci sont alors standardisés. La conclusion du contrat n'est donc pas le résultat d'une discussion libre entre les parties, mais celui véritablement de l'adhésion, en général de la partie en situation d'infériorité, à l'acte

⁹⁹² S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, chron., p. 1148 et s. L'auteur rappelle que dans cette hypothèse, les parties « s'engagent plutôt à contribuer à un projet commun dans la perspective d'en retirer un avantage. De sorte que l'avantage est ici non pas une valeur fournie par le cocontractant, mais le produit d'un effet de synergie auquel chacune des parties concourt. En somme, les parties se fournissent non l'avantage qu'elles recherchent mais les moyens de l'obtenir ».

⁹⁹³ En ce sens, G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, préf. B. GOLDMAN, LGDJ, 1973.

proposé par la partie la plus puissante. Cela est proche des contrats de dépendance dans les relations entre professionnels. La multiplication des contrats, de leur nombre, et de leur diversité, notamment des contrats collectifs, n'est d'ailleurs pas étrangère à ce phénomène.

288. - **Définition et fondement.** Avec la réforme du droit des contrats, le Code civil a consacré et intégré une définition du contrat d'adhésion. L'insertion de cette définition dans le droit commun ne s'est pas faite sans difficultés⁹⁹⁴. Désormais, le contrat d'adhésion est devenu un véritable concept du droit contemporain⁹⁹⁵. L'article 1110 alinéa 2 du Code civil dispose ainsi : « *Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». L'absence de pouvoir de négociation de l'un des contractants est bien souvent basée sur la supériorité de son partenaire et l'abus qui peut en résulter⁹⁹⁶. Néanmoins, ce n'est pas l'unique fondement à l'impossibilité pour une partie de discuter le contenu du contrat qui lui est imposé. Il arrive, en effet, que des parties puissantes acceptent malgré tout des clauses non négociées tout simplement parce que le coût de remplacement est susceptible d'être trop important pour elles⁹⁹⁷. Dans ces conditions, le contractant ne cherche pas à obtenir un contrat plus avantageux dès lors que les démarches à entreprendre pourraient avoir un coût identique ou disproportionné à l'intérêt poursuivi. De ce point de vue, l'idée que la protection de la partie faible serait la seule explication à l'instauration d'un contrôle juridique du contrat est remise en cause. La frontière entre ce qui est négociable et ce qui ne l'est pas apparaît donc brouillée avec ce qui pourrait être négocié par les parties et ce qu'elles ont choisi de ne pas négocier. En outre, de nombreuses interrogations demeurent quant à la consécration des contrats d'adhésion.

289. - **Essor des contrats d'adhésion dans les relations entre professionnels.** Bien que souvent rencontrés dans les relations entre professionnels et consommateurs surtout au

⁹⁹⁴ En témoignent les nombreux débats qui ont eu lieu entre le projet d'ordonnance, les discussions devant le Parlement et le processus de ratification. Sur ces controverses, v. not. : Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », art. préc.

⁹⁹⁵ Pour certains auteurs, il ne s'agit pas d'une simple notion, mais du fondement même d'une nouvelle *summa divisio* en droit commun des contrats : TH. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », art. préc.

⁹⁹⁶ Il s'agit, par ex., « *des cas dans lesquels un adhérent souhaiterait s'opposer à une clause contractuelle qui lui est défavorable mais s'en abstient, parce que les négociations sur ce point lui semblent vaines du fait de la supériorité, économique ou d'une autre nature, du professionnel* » : H. KÖTZ, B. FAUVARQUE-COSSON, C. SIGNAT et D. GALBOIS-LEHALLE, *Droit européen des contrats*, Université, Sirey, 2019, n° 201, p. 171.

⁹⁹⁷ C'est notamment le cas lorsque « *l'adhérent « souscrit » aux clauses du professionnel [...] parce que cela ne vaut pas la peine d'investir du temps et de l'argent dans des efforts nécessaires soit pour parvenir à une modification des clauses dans les négociations, soit pour trouver un autre offrant dont les clauses seraient plus favorables sur ce point* » : H. KÖTZ, B. FAUVARQUE-COSSON, C. SIGNAT et D. GALBOIS-LEHALLE, *Droit européen des contrats*, *ibid.* (Personnellement et volontairement souligné).

travers de la figure des contrats-types⁹⁹⁸, les contrats d'adhésion ont vu leur champ d'action s'élargir⁹⁹⁹. Après avoir intégré le droit commun des contrats et le Code civil, il est important de mettre en évidence leur essor au sein des relations entre professionnels¹⁰⁰⁰. De ce fait, les contrats d'adhésion « *peuvent intervenir aussi bien entre professionnels et particuliers qu'entre professionnels* »¹⁰⁰¹ et sont susceptibles, dans une certaine mesure, d'englober les contrats de dépendance¹⁰⁰². Bien plus, certaines règles dérogatoires peuvent leur être appliquées.

b) La lutte contre les clauses abusives et les déséquilibres significatifs

290. - **Protection étendue.** La législation sur les clauses abusives a fait son entrée au sein du droit commun à la suite de la récente réforme¹⁰⁰³. L'article 1171 dispose désormais que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». La protection jusqu'alors assurée par le droit de la consommation et le droit de la concurrence se voit alors étendue à l'ensemble des personnes susceptibles de conclure un contrat¹⁰⁰⁴. En ce sens, il s'agit d'une véritable nouveauté pour le droit commun : en effet, que ce soit désormais dans les contrats conclus entre particuliers¹⁰⁰⁵ ou dans les contrats d'affaires faisant intervenir des professionnels, chacun est amené à bénéficier d'une certaine protection. Toutefois, le domaine d'application de ce texte, initialement très large, a été restreint à la suite des consultations réalisées par le législateur, entraînant un resserrement de l'élan de justice contractuelle et donc une véritable limitation de

⁹⁹⁸ Sur lesquels, v. J. LEAUTE, « Les contrats-types », *RTD civ.*, 1953, p. 429 et s.

⁹⁹⁹ V. cependant sur la distinction entre « contrat-type » et « contrat d'adhésion » : G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, n° 3, 2009, p. 1233. L'auteur rappelle que le contrat-type émane bien souvent d'un organisme tiers et n'est pas directement rédigé, à la différence du contrat d'adhésion, par l'une des parties.

¹⁰⁰⁰ C. BRIEND, *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, th. Paris, 2015, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS. V. égal., J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249 et s., spéc. p. 256, où il relevait : « *un professionnel n'est pas toujours en mesure lorsqu'il contracte [...] de défendre correctement ses droits, [...] il existe, en d'autres termes, des contrats d'adhésion conclus entre professionnels eux-mêmes* ».

¹⁰⁰¹ G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, JCl., Conc. Cons., fasc. 800, 2016, spéc. n° 2.

¹⁰⁰² C'est-à-dire les contrats de production ou de distribution qui placent l'une des parties dans la dépendance économique de l'autre (G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1986, p. 9 et s.).

¹⁰⁰³ C. civ., art. 1171.

¹⁰⁰⁴ Étant relevé ici que le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 1171 du Code civil semble acquis. V. not., M. CHAGNY, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115.

¹⁰⁰⁵ Ainsi que pour les professions libérales ou les commerçants agissant en dehors du cadre de leur activité.

ce dernier. Ici aussi, il est possible de voir l'influence de l'inspiration européenne. L'article 4 : 110 PDEC, précisant la sanction générale des clauses abusives qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle et créent un déséquilibre significatif, a été à l'évidence source d'impulsion pour le droit français dans l'insertion d'un mécanisme de lutte contre les clauses abusives au sein du Code civil.

291. - **Insertion de la notion de déséquilibre significatif dans le droit commun.**

Cette notion vient du droit de la consommation, en particulier de la Directive européenne du 5 avril 1993¹⁰⁰⁶. Pour certains, elle est en passe de devenir un « *principe général du droit des contrats* »¹⁰⁰⁷. Le déséquilibre doit être significatif, c'est-à-dire les disparités suffisamment graves pour justifier une intervention, une lutte. Si la notion demeure obscure, elle offre une certaine marge de manœuvre notamment au juge ; ainsi « *le standard du déséquilibre significatif permet de tenir compte des situations concrètes* »¹⁰⁰⁸. Un intérêt ressort pour les professionnels : le juge a le pouvoir de déterminer précisément si le professionnel dans une situation de faiblesse particulière, et qui se retrouve donc dans une situation délicate, justifie d'un besoin de protection. Ainsi, cette position permet de garantir une certaine justice contractuelle sans pour autant remettre en cause l'ensemble du contrat.

292. - **Application et petit professionnel**¹⁰⁰⁹. Compte tenu des inquiétudes suscitées par l'insertion de cet article au sein du Code civil¹⁰¹⁰, la lutte contre les clauses abusives a été cantonnée aux clauses non négociables du contrat qui ont été déterminées à l'avance par l'une des parties. Dès lors, le contrat d'adhésion peut être considéré comme le « *terrain d'élection* »¹⁰¹¹ de ce dispositif protecteur. En conséquence, même si tout contractant peut s'en prévaloir, ce qui lui confère un domaine d'application relativement large, la lutte contre les clauses abusives et les déséquilibres significatifs par le droit commun n'a vocation à

¹⁰⁰⁶ Directive 5 avril 1993 sur les clauses abusives

¹⁰⁰⁷ J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », préc., p. 124.

¹⁰⁰⁸ J.-B. RACINE, *ibid.*

¹⁰⁰⁹ Pour une appréciation détaillée des critères et du régime au regard particulièrement de la situation spécifique du petit professionnel : v. *infra* n° 698 et s.

¹⁰¹⁰ Not. s'agissant du risque d'immixtion élevé du juge dans le contrat. Le MEDEF (Mouvement des Entreprises de France) a manifesté son hostilité à la prise en compte du déséquilibre significatif (v. « Compte rendu analytique officiel sur la réforme du droit des contrats », Sénat, 17 oct. 2017). Pour autant, cette intrusion du juge permet de tenir compte des faiblesses de certains professionnels et de leur offrir une protection nécessaire, ce de manière très encadrée.

¹⁰¹¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035, 11 févr. 2016, texte n° 25.

intervenir que dans le cadre des contrats d'adhésion et pour toute clause non négociable¹⁰¹². L'application de ces dispositions apparaît ainsi réduite, notamment compte tenu des instruments existants déjà en droit de la consommation et en droit de la concurrence¹⁰¹³. Surtout, en l'état de la rédaction des textes, aucune raison ne justifie que ce mécanisme de protection soit appliqué avec plus de bienveillance à l'égard du petit professionnel qu'un autre contractant.

c) La lutte contre l'abus de dépendance et la violence économique

293. - **Théorie générale de l'abus.** La sanction des abus, particulièrement dans les relations contractuelles, a été prise en compte au sein du droit commun des contrats et a fait l'objet de développements importants¹⁰¹⁴. Il s'agit ici d'une théorie générale développée au sein du droit des contrats lorsqu'un contractant abuse d'un droit subjectif. Cette théorie s'adapte-t-elle à la situation du petit professionnel ? Très certainement par les faits, néanmoins, il est difficile pour la partie en position d'infériorité, notamment le partenaire économiquement faible, d'en bénéficier pleinement¹⁰¹⁵.

294. - **Prolifération des abus et protection des contractants en situation de faiblesse.** La théorie de l'abus ayant principalement pour objectif de rééquilibrer une situation devenue instable en raison de l'exercice abusif de son droit par une personne, en l'occurrence un contractant, elle est « *souvent imprégnée d'une connotation morale* », et « *s'intéresse donc aux sujets de droit* »¹⁰¹⁶. Selon le Professeur JAMIN, il convient dès lors d'opérer une distinction, entre la démarche économique basée sur « *une conception libérale de l'économie* » utilisée pour mettre en œuvre certains abus comme l'abus de position dominante, et les théories juridiques de l'abus des droits qui se fondent sur « *les rapports*

¹⁰¹² Il est intéressant de relever ici que le texte applicable aux contrats conclus entre le 1^{er} oct. 2016 et le 1^{er} oct. 2018 est celui résultant de la rédaction de l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 qui ne tient pas compte du caractère non négociable de la clause.

¹⁰¹³ L'articulation de ces différents dispositifs demeure d'ailleurs incertaine : v. *infra* n° 702.

¹⁰¹⁴ Dès le début du XX^e siècle le Doyen JOSSERAND a développé sa théorie de l'abus des droits : L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905. V. égal., de manière non exhaustive : B. FAGES, « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. Dr. Entr.*, 1998, n° 6, p. 13 ; D. MAINGUY, « L'abus de droit dans les contrats », *Cah. Dr. Entr.*, 1998, n° 6, p. 2 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, 2000 ; B. DEL GOBBO, *L'abus dans le contrat de consommation*, th. Perpignan, 2006.

¹⁰¹⁵ Sur un renouvellement de cette théorie au profit du petit professionnel : v. *infra* n° 685 et s.

¹⁰¹⁶ Ch. JAMIN, « Typologie des théories juridiques de l'abus », *Revue concurrence et consommation*, 1996, n° 92, p. 7 et s., spéc., p. 11.

entre les sujets de droits dans un souci de nature solidariste ou morale »¹⁰¹⁷. À l'évidence, le petit professionnel relève d'une approche « mixte » car si sa protection tend à promouvoir le bon fonctionnement du marché, elle vise également à assurer l'épanouissement de l'ensemble de ses acteurs économiques. Il est alors important de rétablir l'équilibre entre les parties qui se trouvent dans une position inégale. Aussi, « *tout a vocation aujourd'hui à devenir abusif* »¹⁰¹⁸. Pour autant, les critères d'appréciation et les preuves à rapporter limitent l'application de la théorie juridique de l'abus. En effet, le contractant en position de faiblesse doit prouver l'existence du déséquilibre des prestations ou des obligations de chaque partie, et l'intention de son partenaire d'exploiter ce déséquilibre. En ce sens, l'instauration du principe de lutte contre un état de dépendance constitue une véritable avancée permettant d'envisager l'abus des droits comme un véritable « *instrument de l'équilibre contractuel* »¹⁰¹⁹.

295. - **Exploitation abusive de la faiblesse du contractant lésé.** Voilà peu, il a été dit que « *la notion d'abus de dépendance économique est une notion qui aurait pu trouver un fondement textuel en droit des contrats car elle est perçue comme un instrument de moralisation des pratiques commerciales* »¹⁰²⁰. Un pas a été vraisemblablement franchi : une sorte de connexion entre le droit des contrats et le droit de la concurrence s'est opérée¹⁰²¹. Le droit des contrats s'intéresse de plus en plus à la situation de faiblesse des contractants quitte à étendre l'analyse au domaine économique voire au marché, et le droit de la concurrence tend à tenir compte de l'infériorité des acteurs économiques en l'analysant dans le cadre des échanges. Le droit commun ne pose pas la question d'une éventuelle atteinte à la concurrence mais il défend les intérêts particuliers remis en cause par la position d'infériorité de la partie concernée. En effet, l'abus contractuel de dépendance désormais accueilli au sein du droit commun des contrats permet à la partie en situation de faiblesse, et donc au petit professionnel, d'espérer une attention particulière et de prétendre à une prise en compte spécifique.

¹⁰¹⁷ Ch. JAMIN, *ibid.*

¹⁰¹⁸ Ch. JAMIN, *ibid.*

¹⁰¹⁹ Ch. JAMIN, art. préc., p. 12.

¹⁰²⁰ S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, th. Montpellier, 2008, n° 11, p. 16. Il semblerait d'ailleurs que l'analyse civiliste à laquelle s'attache le droit des contrats rejoigne ici l'analyse économique que le droit de la concurrence utilise comme appui.

¹⁰²¹ M. CHAGNY, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115.

296. - **Naissance du vice de « violence économique »**¹⁰²². L'abus de dépendance tel qu'il a été consacré est indéniablement rattaché à la violence¹⁰²³. La violence économique démontre la nécessité de tenir compte des raisons de toute vulnérabilité : taille et poids économique entre autres. En effet, la recherche de gains financiers et le désir de dominer économiquement le marché, et par conséquent les autres acteurs et partenaires, prédominent particulièrement dans les relations d'affaires. La situation de dépendance économique dans laquelle se trouve un contractant n'a pas toujours été ignorée par le droit commun des contrats. Dans le silence des textes, la jurisprudence est venue consacrer, de manière assez discrète, le vice de la violence économique¹⁰²⁴. Ces prémices ont été encouragées par la doctrine, notamment au travers des différents projets de réforme du droit des obligations¹⁰²⁵, tout en admettant les dangers encourus en allant trop loin dans la prise en compte d'une telle situation.

297. - **Consécration du vice de violence économique**¹⁰²⁶. La réforme du droit des contrats intervenue par l'ordonnance du 10 février 2016, puis modifiée par la loi du 20 avril 2018, a accordé une importance toute particulière à la question de la violence économique et notamment à l'abus de dépendance économique. Ainsi, l'article 1143 du Code civil dispose : *« Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »*.

¹⁰²² Pour une approche détaillée des critères et du régime : v. *infra* n° 680 et s.

¹⁰²³ Le législateur a repris ici l'appréciation de la jurisprudence qui a pu considérer que *« la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion »* : Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; *Bull. civ. I*, n° 169 ; *D.*, 2000, p. 879, note J.-P. CHAZAL ; *D.*, 2001, p. 1140, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.*, 2000, p. 863, obs. P.-Y. GAUTIER ; *JCP G.*, 2001, II, 10461, note G. LOISEAU ; *Deffrénois*, 2000, 1124, obs. Ph. DELEBECQUE ; *CCC*, 2000, comm. 142, obs. L. LEVENEUR.

¹⁰²⁴ S'agissant d'un exemple évocateur : v. Cass., 1^{ère} civ. 3 avr. 2002, n° 00-12.932 ; *Bull. civ. I*, n° 108 ; *D.*, 2002, p. 1860, concl. J.-P. GRIDEL ; *D.*, 2002, p. 1862, note J.-P. CHAZAL ; *D.*, 2002, p. 2844, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2002, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2003, p. 86, obs. A. FRANCON ; *CCC*, 2002, comm. 211, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois*, 2002, 1246, obs. E. SAVAUX. La Haute juridiction a ainsi déclaré que *« seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement »*. V. égal., Cass. com., 11 janv. 2005, n° 01-11.414.

¹⁰²⁵ Par ex., l'article 1114-3 de l'avant-projet de P. CATALA prévoyait l'hypothèse de la violence économique en disposant : *« Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif »*, tout en précisant en son alinéa 2 que *« La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique »*.

¹⁰²⁶ V. not. : G. LOISEAU, « La consécration de la violence économique », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), Dalloz, 2015, p. 33 et s.

298. - **Débordement sur la lésion ?** Il est de principe que la lésion ne constitue pas une cause de nullité du contrat hormis les hypothèses exceptionnelles légalement prévues¹⁰²⁷. Toutefois, le contrôle de la lésion semble de plus en plus prendre de l'importance¹⁰²⁸. Il est alors nécessaire de s'interroger afin de savoir si la prise en compte de la lésion serait finalement justifiée lorsqu'elle découle de l'exploitation abusive de la faiblesse du contractant lésé. C'est en ce sens que la violence économique se rapproche tout spécialement de l'acceptation, voire de la consécration, de la lutte contre les pactes léonins en matière contractuelle. À cet égard, elle semble répondre spécifiquement à la situation du petit professionnel qui se retrouve par bien des aspects confrontés à de telles hypothèses.

299. - **Risques et critiques.** De nombreux auteurs se sont dressés contre ces dispositions en raison des risques pour la sécurité juridique et la prévisibilité apportée par le contrat. Par conséquent, l'approche choisie apparaît particulièrement restrictive et laisse subsister de nombreuses questions¹⁰²⁹ et quantité de doutes. En outre, il convient de vérifier si la puissance économique dont dispose l'un des contractants professionnels vis-à-vis de l'autre se traduit en abus, ce qui n'assurerait pas une protection certaine et efficace au petit professionnel.

300. - **Synthèse : absence de prise en compte spécifique du petit professionnel.** L'ensemble des craintes pressenties a eu pour conséquence finale d'exclure, ou à tout le moins de limiter grandement, le bénéfice de l'ensemble des dispositions précitées pour le petit professionnel. En effet, expliquer que le droit pénal, le droit de la consommation, le droit des majeurs protégés permettent d'appréhender la question de l'abus de dépendance et plus largement de l'abus de faiblesse revient à mettre en exergue l'oubli de la situation du petit professionnel qui se trouve dans un état de dépendance économique particulièrement difficile à saisir mais néanmoins existant. En outre, en limitant l'appréciation de cet abus dans le cadre unique du contrat et de la situation des contractants, le contexte économique et le marché dans lesquels s'inscrit cette relation sont également ignorés. Dans ces conditions, l'objectif de protection des contractants faibles apparaît particulièrement remis en cause¹⁰³⁰.

¹⁰²⁷ L'article 1168 du Code civil dispose ainsi : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

¹⁰²⁸ En ce sens : C. GRIMALDI, « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », *D.*, 2019, p. 388.

¹⁰²⁹ En ce sens, F. ROGUE, « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? », *D.*, 2018, p. 1559, spéc. n° 5 et s.

¹⁰³⁰ F. ROGUE, art. préc., spéc. n° 9.

Si le droit commun des contrats a mis en place des mécanismes de justice contractuelle qui intéressent tout particulièrement le petit professionnel, celui-ci n'est pas expressément visé par les termes du Code civil, de sorte qu'aucune protection spécifique ne lui est accordée et ne lui est propre. Les techniques de protection mises en place n'ont pas ainsi vocation à s'appliquer de manière plus bienveillante au petit professionnel par rapport à ses cocontractants¹⁰³¹. De plus en plus, le droit des contrats offre la possibilité de combiner et concilier la protection des intérêts de la partie faible et la sauvegarde de la liberté contractuelle. Le déclin de la doctrine relative à l'autonomie de la volonté, encouragé par l'exemple du droit de la consommation¹⁰³² et poursuivi au sein de la théorie générale du contrat¹⁰³³, semble offrir au petit professionnel l'assurance d'une véritable protection. Pour autant, malgré ces nouveaux instruments *a priori* plus favorables à sa situation, il n'est pas certain que celui-ci bénéficie d'une protection avérée et spécifique en sa faveur. D'où l'existence d'une forme d'hypocrisie à son égard : la volonté de promouvoir sa protection est prégnante mais elle est limitée au nom de la liberté et de la sécurité juridique. Et en définitive, pour quelle efficacité ? Fort heureusement, il existe des cas où le petit professionnel semble plus favorablement protégé.

III. Cas particulier des petits producteurs du secteur agricole

301. - **Présentation.** Forme de paragon du petit professionnel en situation difficile, les petits producteurs du secteur agricole, ne pouvant se garantir des salaires décents et confrontés à des suicides en série, justifient d'une attention particulière¹⁰³⁴ et le droit n'est pas insensible à leur position¹⁰³⁵. À cet égard, il a été relevé que « *la protection des agriculteurs constitue, depuis longtemps, l'un des objectifs principaux du droit de la distribution* », ce qui a ouvert la mise en œuvre d'un droit spécial à leur profit¹⁰³⁶. Initié par une loi du 27 juillet

¹⁰³¹ V. *supra* n° 292.

¹⁰³² G. ROUHETTE, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 247 et s., spéc. n° 10.

¹⁰³³ V. *supra* n° 275.

¹⁰³⁴ En effet, « *plus que d'autres, les producteurs agricoles sont [...] dans une situation de vulnérabilité extrême* » que ce soit en raison de la nature de l'activité exercée ou des déséquilibres du marché : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n° 394, p. 323.

¹⁰³⁵ Il convient de noter le rôle essentiel de l'Autorité de la concurrence dans l'instauration de mécanismes propres à protéger les agriculteurs victimes de relations déséquilibrées : v. C. PRIETO, « L'impulsion de l'Autorité de la concurrence pour protéger l'agriculteur dépendant », *RDC*, n° 3, 2018, p. 427, obs. sous Aut. conc., avis n° 18-A-04, 3 mai 2018.

¹⁰³⁶ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 394, p. 323.

2010¹⁰³⁷, un système de règles complémentaires a ainsi été inséré tant dans le Code rural et de la pêche maritime que dans le Code de commerce. Plus récemment, la loi du 30 octobre 2018 est venue compléter l'encadrement des relations dans un but de protection et de rééquilibrage¹⁰³⁸.

302. - **Rééquilibrage des relations contractuelles.** La mise en place de textes en faveur des agriculteurs a pour but d'équilibrer les relations entre l'ensemble des acteurs de ce secteur et d'encadrer particulièrement les pratiques des distributeurs. Cela doit, en effet, permettre aux petits producteurs de percevoir des revenus décents¹⁰³⁹. Ainsi, un mouvement de « contractualisation » des relations a été entrepris¹⁰⁴⁰ afin de « rendre les opérateurs économiques « efficaces », c'est-à-dire véritables « arbitres » de l'économie de marché »¹⁰⁴¹. En ce sens, le contrat doit redevenir l'instrument protecteur principal des petits producteurs¹⁰⁴², ce qui est encouragé par le législateur avec l'imposition d'un écrit¹⁰⁴³, l'encadrement des négociations¹⁰⁴⁴ et le recours à des contrats-types par produit élaborés par les organisations interprofessionnelles¹⁰⁴⁵. De son côté, le Code de commerce prévoit un régime spécifique aux produits agricoles et alimentaires¹⁰⁴⁶ qui complète celui élaboré par le Code rural et de la pêche maritime, les deux devant s'articuler¹⁰⁴⁷.

303. - **Ouverture du droit européen.** Lutter contre les rapports de force subis par les petits producteurs agricoles nécessite de toute évidence une concentration des agriculteurs face aux acheteurs plus puissants. L'atténuation du droit des ententes à l'égard de ces contractants en situation délicate doit ainsi leur permettre de procéder à des regroupements dans des organisations collectives structurées telles que des organisations de producteurs (OP)

¹⁰³⁷ L. n° 2010-874 du 27 juill. 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche dite « LMAP », *JORF* n° 0172 du 28 juill. 2010, p. 13925, texte n° 3.

¹⁰³⁸ L. n° 2018-938 du 30 oct. 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous dite « EGalim », *JORF* n° 0253 du 1^{er} nov. 2018, texte n° 1. Sur laquelle v. not. : J. FOYER, « Loi EGALIM : présentation générale », *Droit rural*, n° 472, 2019, dossier 18 ; F. RIEM, « Loi EGalim : contrat, concentration, consommation ? », *CCC*, n° 2, 2019, alerte 6.

¹⁰³⁹ G. DECOCQ, « Refonte des pratiques restrictives de concurrence – Refonte », *CCC*, n° 6, 2019, repère 6.

¹⁰⁴⁰ V. not. : F. BUY, « Réforme du droit des relations commerciales agricoles : la « contractualisation », acte 2, *AJ Contrat*, 2018, p. 504.

¹⁰⁴¹ C. PRIETO, « L'impulsion de l'Autorité de la concurrence pour protéger l'agriculteur dépendant », préc.

¹⁰⁴² Cela doit passer par la « contractualisation » des prix, des volumes, de la durée, etc. : C. PRIETO, « L'impulsion de l'Autorité de la concurrence pour protéger l'agriculteur dépendant », préc.

¹⁰⁴³ C. rur., art. L. 631-24, I.

¹⁰⁴⁴ C. rur., art. L. 631-24, II.

¹⁰⁴⁵ C. rur., art. L. 631-14.

¹⁰⁴⁶ C. com., art. L. 443-1 et s.

¹⁰⁴⁷ A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Loi Egalim : un nouveau droit de la distribution des produits agricoles et alimentaires », *JCP E.*, n° 3, 2019, 1021, spéc. n° 8.

ou des associations d'organisations de producteurs (AOP)¹⁰⁴⁸. Le droit de l'Union européenne conduit donc à tempérer le droit des ententes au profit des petits producteurs sans toutefois instaurer une véritable exemption et en mettant clairement en évidence l'importance d'une interprétation au regard des objectifs de la politique agricole commune (PAC)¹⁰⁴⁹. La volonté du législateur européen d'inciter les producteurs agricoles à se regrouper dans des organisations plus larges offre à l'évidence une possibilité de contrebalancer la puissance d'achat des distributeurs.

304. - **Conclusion de la Section I.** Des protections pour les professionnels existent au sein du Code de la consommation et du Code de commerce, voire plus spécifiquement du Code rural et de la pêche maritime s'agissant des petits producteurs agricoles. Toutefois, après analyse, il apparaît globalement que ces codes traitent plutôt des professionnels indistinctement et ne prennent donc pas en considération les spécificités relatives au petit professionnel. Le poids économique des professionnels qui contractent semble notamment subsidiaire ce qui conduit à une éventuelle et ponctuelle prise en compte du professionnel partie faible de manière générale, en comparaison à l'autre contractant, et non du petit professionnel véritable partie faible en lui-même. Malgré une certaine complémentarité, l'agencement d'apparence offert par l'ensemble des systèmes de protection entre le droit de la consommation, le droit de la concurrence et le droit commun, le petit professionnel ne bénéficie pas d'une protection spécifique et standardisée, cela à son détriment. De nombreux textes de droits spéciaux tiennent compte de la spécificité des petites et moyennes entreprises, et donc par conséquent et par assimilation, du petit professionnel. Toutefois, aucune cohérence d'ensemble apparaît et il est même parfois délicat de les articuler avec le droit commun ou même entre eux.

En ce sens, les droits étudiés, du droit de la consommation, au droit commun des contrats, en passant par le droit de la concurrence ou le droit commercial, tendent à renforcer la protection du petit professionnel, mais ne la garantissent pas en totalité. Ces domaines ne permettent donc pas de mettre en place une protection visible du petit professionnel en le considérant comme un acteur économique spécifique et un contractant original.

¹⁰⁴⁸ Dans le sens d'un assouplissement de la prohibition des ententes à l'égard des producteurs agricoles : Règlement (UE) n° 2017/2393 du Parlement européen et du Conseil du 13 déc. 2017 dit « Omnibus », *JOUE L* 350 du 29 déc. 2017, p. 15, ayant not. modifié le Règlement (UE) n° 1308/2013 du 17 déc. 2013, préc.

¹⁰⁴⁹ C. PRIETO, « L'impulsion de l'Autorité de la concurrence pour protéger l'agriculteur dépendant », préc.

Section II : L'absence de protection spécifique du petit professionnel

305. - **Présentation.** Les tentatives de prise en compte du petit professionnel dans certains domaines, si elles ne laissent pas indifférent, ne permettent pas de percevoir une protection générale de celui-ci. Les difficultés liées par exemple à la détermination du cadre dans lequel le contrat est conclu¹⁰⁵⁰ constituent des obstacles à la mise en place d'un environnement protecteur efficace au profit de ce contractant¹⁰⁵¹. L'égalité qui existe entre les partenaires subsiste bien souvent sans permettre d'appréhender le petit professionnel pour lui-même. Plutôt que d'être protégé, il est perçu comme celui dont il faut se méfier, et même le cas échéant se défendre. Aussi, qu'il s'agisse des approches ciblées dans certains secteurs ou bien des avancées plus générales du droit commun, la protection spécifique du petit professionnel semble contrariée¹⁰⁵².

306. - **Plan.** Selon les situations, le professionnel et donc le petit professionnel, a pu être considéré comme un consommateur ou, dans d'autres cas, être estimé toujours en tant que professionnel. Dans ces conditions, il convient de revenir sur l'échec de la protection du petit professionnel en tant que « professionnel-consommateur » (I), et « professionnel-professionnel » (II).

I. En tant que « professionnel-consommateur »

307. - **Rappel.** Comme vu préalablement si l'objet du contrat ne concerne pas directement l'activité du professionnel ou n'a pas de lien avec celle-ci ou encore, si cet acteur n'est pas connaisseur dans le domaine en question, ce professionnel peut être perçu tel un consommateur et être, à ce titre, couvert par la législation consumériste. Aussi, la protection des professionnels par les mécanismes du droit de la consommation a fait, et fait encore, l'objet de nombreuses discussions. L'émergence d'une forme de « professionnel-consommateur » susceptible d'être pris en compte et protégé est ainsi apparue. Sans revenir sur les développements qui précèdent, il convient néanmoins de reconstituer les pièces du

¹⁰⁵⁰ Selon que la personne agit en tant que consommateur ou dans la sphère professionnelle

¹⁰⁵¹ Cela aboutit plutôt à des protections ponctuelles au cas par cas qui ne sont pas sûres et trop rares.

¹⁰⁵² Or, une prise en compte appropriée de celui-ci permettrait d'envisager un encadrement plus adapté à sa position tant par rapport à ses besoins qu'à la régularité de sa prise en compte : v. *infra* n° 659 et s.

puzzle de manière synthétique à la lumière de la protection spécifique qui pourrait être offerte au petit professionnel.

308. - **Illustration. Influence européenne.** Ainsi distingué, le « professionnel-consommateur » est alors protégé par les dispositions du droit de la consommation. L'importance d'être reconnu comme un consommateur est évidemment primordiale car seule cette considération lui apportera une éventuelle protection. Il est possible de retrouver le « professionnel-consommateur » dans divers secteurs. À l'inverse du consommateur qui peut parfois être qualifié de vendeur¹⁰⁵³, il peut s'agir par exemple d'un « vendeur-consommateur ». De même, une même personne a pu apparaître à la fois comme un consommateur tout en étant qualifiée de professionnel selon que l'opération litigieuse porte sur un objet personnel ou professionnel¹⁰⁵⁴.

309. - **Doute et fluctuations.** Si certains professionnels ont pu, pendant quelque temps, bénéficier de cette protection consumériste, une telle démarche apparaît désormais compromise. Le « professionnel-consommateur » se trouvant généralement en dehors des besoins de la profession, semble exclu de toute protection. Certes, cela va permettre de mieux délimiter le domaine d'application de la législation protectrice, mais ce au détriment de la protection de la partie faible et donc du petit professionnel.

310. - **Absurdité.** Considérée par la doctrine comme un « *non-sens* », « *la catégorie absurde des professionnels-consommateurs* »¹⁰⁵⁵ ne satisfait pas. Elle met de surcroît en place une forme d'hypocrisie dès lors que la même personne, disposant des mêmes compétences, et plus ou moins des mêmes moyens, pourra bénéficier de la protection consumériste dans certains cas, et pas dans d'autres. Or, le nouveau critère tenant à la prise en compte de l'activité professionnelle n'exclut pas l'existence d'une telle possibilité¹⁰⁵⁶. En conséquence, cette prétendue protection du « professionnel-consommateur » n'est pas satisfaisante¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵³ V. not., E. GICQUIAUD, « Le consommateur-vendeur », *D.*, 2014, p. 559.

¹⁰⁵⁴ CJUE, 4^e ch., 3 sept. 2015, aff. C-110/14, *Costea c/ SC Volsbank România (Sté)*, préc. S'agissant d'une décision par laquelle les juges européens ont estimé qu'une « *personne physique exerçant la profession d'avocat, qui conclut un contrat de crédit avec une banque, sans que le but du crédit soit précisé dans ce contrat, peut être considérée comme un « consommateur* » [...], lorsque ledit contrat n'est pas lié à l'activité professionnelle de cet avocat ».

¹⁰⁵⁵ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-il ? », *D.*, 1997, p. 260, n° 3.

¹⁰⁵⁶ G. PAISANT, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », *JCP*, 1993.

¹⁰⁵⁷ F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. Évry-Val-d'Essonne, dir. D. HOUTCIEFF, 2015, n° 86 et s.

311. - **Synthèse.** En raison de certains éléments, le professionnel et donc le petit professionnel était parfois assimilé à un consommateur, ce qui lui donnait le droit de bénéficier de la législation consumériste. Mais cela est de plus en plus difficile, voire impossible.

II. En tant que « professionnel-professionnel »

312. - **Présentation et plan.** Dans le groupe des professionnels, les métiers sont très divers et les formes sociales choisies également variées. La plupart des domaines d'activités ont leur propre Code et donc leurs propres règles. L'ensemble peut tout de même se regrouper par secteurs parmi lesquels ressortent les vendeurs (A), les prestataires (B) et les sous-traitants (C). Comment le petit professionnel qui se retrouve en leur sein peut-il y être protégé ?

A. Le « professionnel-vendeur »

313. - **Absence de protection.** Le « professionnel-vendeur » ne déroge pas aux exigences des obligations. Bien que celles-ci seront développées ultérieurement¹⁰⁵⁸, quelques points doivent être précisés : selon les dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, les conditions générales de vente sont obligatoires lorsque la vente s'adresse à un consommateur. Elles sont fortement recommandées entre professionnels et obligatoires si l'acheteur professionnel les demande au vendeur. Désormais, ce dernier est également soumis à une obligation d'information de droit commun¹⁰⁵⁹. Les conditions générales de ventes lui donneront la preuve de l'avoir fournie. Entre professionnels, ces dernières doivent obligatoirement contenir les conditions de vente, les prix, les réductions potentielles et les conditions de règlement avec les délais de paiement, les pénalités en cas de retard, l'indemnité forfaitaire complémentaire pour les frais de recouvrement, les conditions d'escompte. Le vendeur doit apporter la preuve d'avoir fourni les conditions générales de vente par la signature du contrat ou l'affichage en magasin. Mais, concernant les prix, par exemple, combien de défauts d'affichage sont régulièrement relevés, peut-être parfois seulement en

¹⁰⁵⁸ V. *infra* n° 516 et s.

¹⁰⁵⁹ C. civ., art. 1112-1.

raison d'un déplacement d'étiquette, d'un manque de formation et de connaissance, ou d'une négligence de la part d'un employé. En cela, apparaissent ici toute la complexité et la difficulté à toujours « entrer » dans la norme¹⁰⁶⁰. Ce « professionnel-vendeur », étant donc tenu à l'obligation d'information, mais aussi de conseil, de délivrance, ou encore de garantie, avec tout ce qu'elles englobent, il est aisé de comprendre les difficultés auxquelles il se trouve confronté surtout quand il s'agit d'un « petit professionnel-vendeur ». Aussi, loin d'être spécifiquement protégé, ce professionnel est plutôt soumis à des exigences strictes, étant relevé que tout ne dépend pas toujours de lui et l'intervention de tiers peut venir influencer sa situation.

Le « professionnel-vendeur » se trouve alors avec un double statut : tributaire des règles protectrices lorsqu'il contracte avec un acheteur consommateur, il en sera parfois bénéficiaire dans ses relations avec un acheteur professionnel¹⁰⁶¹. Pour autant, ces règles spécifiques de protection n'ont pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des petits professionnels, mais bien à un professionnel en raison de son statut de vendeur ou non.

314. - **Constat.** Les relations entre professionnels sont, au même titre que le commerce, « gouverné[es] par l'intérêt et non les sentiments »¹⁰⁶². Au regard de ces éléments, le petit professionnel apparaît moins protégé que tenu d'assurer une protection à ses cocontractants. Il doit donc plus protéger qu'être protégé.

B. Le « professionnel-prestataire »

315. - **Présentation.** Le « professionnel-prestataire » dispose d'une liberté importante garantie par les textes européens et notamment le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)¹⁰⁶³. Il offre ses services par le biais d'une capacité intellectuelle ou technique, et non industrielle. Il travaille de manière indépendante, sous différents statuts possibles comme l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée, l'Entreprise

¹⁰⁶⁰ À leur imposer trop d'obligations, le législateur prend le risque de voir les professionnels ne pas pouvoir toutes les respecter et se rendre coupables de certains manquements, à leur détriment mais aussi, et bien souvent, au détriment de leur partenaire.

¹⁰⁶¹ C'est ici que prend tout le sens de la protection des dispositions de l'anc. art. L. 442-6 I, 2°, 3°, 4°, 7°, 8° du C. com. ou encore celles de l'anc. art. L. 441-6 relatif à la prise en compte des conditions générales de vente du producteur et non des conditions générales d'achat de son partenaire.

¹⁰⁶² H. SYNDET, « L'internationalisation du droit des affaires », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 727 et s., spéc. n° 1, p. 727.

¹⁰⁶³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), JOUE n° C 326/47 du 26 oct. 2012, art. 56.

Unipersonnelle à Responsabilité Limitée, ou la Société par Actions Simplifiées Unipersonnelle, ou encore en son nom propre. Il peut être sollicité par différents types de contractants, particuliers ou professionnels, et le champ d'activité de cette catégorie de professionnels est très vaste¹⁰⁶⁴. Les professionnels sont donc nombreux à avoir ce statut et le petit professionnel se retrouve surtout dans cette diversité.

316. - **Objectif.** Du point de vue du droit de la concurrence, quelques ouvertures sont pressenties, l'objectif demeure la réalisation du marché commun, ce qui a été identifié très tôt s'agissant des services¹⁰⁶⁵. Cette considération pour le marché unique et plus généralement pour l'efficacité économique conduit inévitablement à négliger la situation particulière de certains acteurs.

317. - **Obligations du « professionnel-prestataire ».** La relation qui unit le « professionnel-prestataire » à son client lui impose le respect de certaines obligations : obligation d'information¹⁰⁶⁶, parfois de conseil, voire de mise en garde, ou encore de confidentialité¹⁰⁶⁷, et bien évidemment une obligation d'exécution du service commandé par son client. Il peut également être tenu à certaines garanties même si la différence des statuts peut faire varier leur responsabilité, cette charge pèse lourdement sur eux. C'est pourquoi les conséquences d'éventuels erreurs, fautes ou manquements dans le cadre de leur activité les contraignent à se protéger, par le biais d'assurances souvent onéreuses. Ici, le petit professionnel se retrouve dans une situation particulièrement vulnérable en raison de ses moyens plus limités, ce qui le conduit parfois à prendre des risques inconsidérés¹⁰⁶⁸. En outre,

¹⁰⁶⁴ Par ex., le médecin est un prestataire de service (CSP, art. L. 4112-7), tout comme le comptable, l'entreprise de nettoyage, voire encore l'avocat qui réalise bien une prestation de service.

¹⁰⁶⁵ J.-B. BLAISE, « La concurrence dans le secteur des services », *RJ com.*, n° spécial, Colloque de DEAUVILLE, 13 et 14 juin 1987, *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, nov. 1987, p. 122 et s.

¹⁰⁶⁶ C. consom., art. L. 111-1. Celle-ci porte notamment sur la présentation des caractéristiques essentielles du service proposé (1°), son prix (2°), ou encore sur le délai dans lequel le professionnel s'engage à exécuter le service (3°).

¹⁰⁶⁷ À l'instar du secret professionnel auquel sont tenus les médecins (CSP, art. R. 4127-4).

¹⁰⁶⁸ V. not., le contentieux des défauts d'assurance ou plus précisément des défauts de déclarations auprès de l'assurance. En effet, le coût des assurances étant tellement élevé pour certains professionnels, qu'ils décident parfois de ne pas déclarer leur activité auprès de leur assureur ; c'est par exemple le cas dans le domaine de la construction où un architecte, pour diminuer le coût de son chantier, ne va pas le déclarer à son assureur. Sur ce point, v. par ex. : Cass. 3^{ème} civ., 4 nov. 2004, n° 03-13.821 ; *Bull. civ.* III, n° 188, p. 171. En l'espèce, la Cour de cassation avait estimé que « l'omission de déclaration équivalait à une absence d'assurance ». Par la suite, la Haute juridiction a infléchi en partie sa jurisprudence dans l'hypothèse où le « contrat d'assurances ne sanctionne pas, conformément à l'article L. 113-9 du Code des assurances dont il vise expressément l'application, le défaut de déclaration d'activité professionnelle par une absence d'assurance, mais par la réduction proportionnelle de l'indemnité d'assurance » : Cass. 3^{ème} civ., 2 déc. 2009, n° 08-17.619.

à côté de cette charge importante qui se rajoute à sa difficulté, il est aussi tributaire des risques d'impayés et des coûts horaires plus élevés que ceux pratiqués par certains mandataires, cela étant de nature à faire fuir les clients.

318. - **Le statut de travailleur indépendant et autonome.** Le secteur des prestations de services est en perpétuel mouvement. Pour répondre à ces évolutions, l'attrait du travail indépendant avec une certaine autonomie organisationnelle suscite évidemment de l'intérêt. C'est pourquoi l'expérience du travail dit en « freelance » a, depuis quelques années, connu un certain engouement. Cette pratique est particulièrement intéressante dès lors qu'elle concerne en priorité les petits professionnels quel que soit leur statut¹⁰⁶⁹ et ce, malgré l'absence de cadre juridique précis. Aussi, elle se développe dans de nombreux secteurs d'activité et autorise par exemple au professionnel d'intervenir à domicile, lui offrant ainsi une certaine marge de manœuvre pour l'exercice de son activité. De ce fait, une grande partie des petits professionnels vont choisir cette forme d'activité. Pour ce faire, le professionnel va conclure un contrat de prestation de service et il sera donc contraint à certaines obligations telles que la souscription d'une assurance responsabilité civile professionnelle. Cette souplesse engendre toutefois une certaine précarité puisque le professionnel risque de disposer de revenus instables, ou encore de voir le contrat remis en cause si l'exécution de la mission n'est pas réalisée comme prévu, ce qui peut être source de contentieux. De plus, ce système bénéficie de très peu d'encadrement sur le plan juridique et conduit donc à une protection assez faible. Il est toutefois possible de nuancer le propos dans l'hypothèse de la requalification des contrats de prestations de services en contrat de travail¹⁰⁷⁰. En la matière, la jurisprudence semble prendre forme et la solution visant à requalifier en contrat de travail les contrats de partenariat entre un opérateur et une plateforme en ligne s'est installée depuis l'arrêt « Take Eat Easy » de la Cour de cassation en date du 28 novembre 2018¹⁰⁷¹. Ainsi, même les juridictions du fond contribuent à faire évoluer leur jurisprudence, notamment la

¹⁰⁶⁹ Qu'il s'agisse d'un micro-entrepreneur, d'une EURL, ou d'une forme de société unipersonnelle telle qu'une EURL ou une SASU.

¹⁰⁷⁰ Si le débat n'est pas récent (v. par ex. : F. DOROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », *Droit social*, 1995, p. 638), ce phénomène se rencontre aujourd'hui dans le cadre des rapports entre les travailleurs indépendants et les plateformes en ligne (v. not. à propos de la loi n° 2019-1428 du 24 déc. 2019 d'orientation des mobilités (*JORF* n° 0299 du 26 déc. 2019, texte n° 1, spéc. art. 44) et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-794 DC du 20 déc. 2019 : B. GOMES, « Constitutionnalité de la « charte sociale » des plateformes de « mise en relation » : censure subtile, effets majeurs », *Rev. trav.*, 2020, p. 42, et de manière plus générale : M. JULIEN et E. MAZUYER, « Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques », *Rev. trav.*, 2018, p. 189).

¹⁰⁷¹ Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079 ; *D.*, 2019, p. 177, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; *D.*, 2018, p. 2409, édito N. BALAT.

Cour d'appel de Paris qui s'est prononcée en faveur de l'existence d'un lien de subordination et donc d'un contrat de travail dans le cas d'une relation entre un chauffeur et la Société Uber¹⁰⁷². Malgré tout, ce phénomène de requalification en contrat de travail de ce type d'engagements ne semble pas envisageable dans tous les cas¹⁰⁷³. Dans ces conditions, la protection des opérateurs concernés vis-à-vis des plateformes n'est pas aussi optimale en dépit de leur situation de dépendance avérée¹⁰⁷⁴. En tout état de cause, la protection des travailleurs autonomes en situation de dépendance par rapport à ces intermédiaires n'est pas encore totalement réglée et il est déploré l'absence de solution pérenne à long terme¹⁰⁷⁵.

319. - **Constat.** Les petits professionnels prestataires sont très nombreux. Si ce secteur apporte une certaine liberté, il comprend aussi beaucoup de contraintes et d'obligations qui pèsent sur les acteurs concernés de sorte que le cadre juridique est parfois trop limité. Il convient alors de se référer aux règles applicables à chaque profession ce qui, concernant le petit professionnel, n'est pas source de clarté. De ce fait, celui-ci ne peut pas, encore une fois, compter sur une totale protection.

C. Le « professionnel sous-traitant »

320. - **Généralités.** Le recours, par d'autres professionnels à des sous-traitants, que ce soit en raison d'un manque de moyens humains ou techniques, ou pour la recherche d'une compétence particulière, voire la réduction des coûts¹⁰⁷⁶, confère de la souplesse dans la gestion d'une activité ainsi qu'une responsabilité moindre du « professionnel sous-traitant ». La sous-traitance a été définie par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité,

¹⁰⁷² CA Paris, Pôle 6, ch. 2, 10 janv. 2019, n° 18/08357 ; *AJ Contrat*, 2019, p. 53, obs. X. DELPECH. Pour une approche globale de « l'ubérisation » avant l'évolution récente de la jurisprudence : A. FABRE et M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? », *Rev. trav.*, 2017, p. 166.

¹⁰⁷³ Particulièrement lorsque l'indépendance des professionnels appelés par les plateformes n'est pas discutable, tel est notamment le cas des plateformes qui procèdent à de simples référencement pour mettre des personnes en relation comme les plateformes de « jobbing » et de services entre particuliers.

¹⁰⁷⁴ M. JULIEN et E. MAZUYER, « Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques », art. préc., où les auteurs relèvent notamment les limites du recours et de la protection apportée par le droit du travail en la matière.

¹⁰⁷⁵ A. FABRE et M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? », art. préc.

¹⁰⁷⁶ V. par ex., G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1986, p. 39.

à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage »¹⁰⁷⁷. À titre illustratif, le secteur du bâtiment compte de nombreux sous-traitants, de même que celui de l'informatique, de la gestion, etc. Il existe ainsi plusieurs types de sous-traitance dont les principales sont la sous-traitance industrielle et la sous-traitance de marché. Une grande partie des sous-traitants intervenants sont des PME¹⁰⁷⁸. Le petit professionnel est donc très présent au sein de cette catégorie.

321. - **Un idéal apparent ?** Donneur d'ordres et sous-traitant sont liés, leur relation est protégée et encadrée par un contrat incluant notamment le tarif, les conditions de paiement et de rupture, ainsi que les délais, éventuellement les clauses complémentaires réglant la relation sous tous ses aspects. De plus, le sous-traitant n'est pas soumis, en matière de construction, à la responsabilité décennale contrairement au « professionnel-constructeur » à qui la loi l'impose¹⁰⁷⁹. Par conséquent, si le donneur d'ordres est responsable envers le maître de l'ouvrage, le sous-traitant est responsable seulement vis-à-vis de son commanditaire.

Néanmoins, le sous-traitant se retrouve face aux risques de la négociation du contrat. Le professionnel en cause est parfois peu initié en la matière. Le législateur a ainsi envisagé de protéger le savoir-faire industriel en instaurant dans le Code de commerce une réglementation sur l'encadrement contractuel des contrats de sous-traitance industrielle¹⁰⁸⁰. Si la faible portée de cette protection et des dispositions mises en œuvre a été déplorée¹⁰⁸¹, son intérêt pour les petites structures qui disposent d'un savoir-faire, par exemple un brevet, ne doit pas être négligée. La négociation des tarifs peut également être au désavantage du sous-traitant, surtout s'il n'a pas de spécialité et quelquefois, le problème d'impayés apparaît surtout si le maître de l'ouvrage reproche certaines actions aux autres intervenants, ce qui peut se répercuter sur le sous-traitant¹⁰⁸². Bien entendu, en cas de défaillance du sous-traitant, c'est

¹⁰⁷⁷ L. n° 75-1334 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance, *JORF* du 3 janv. 1976, p. 148, art. 1^{er}.

¹⁰⁷⁸ En ce sens, le contrat de sous-traitance est bien souvent considéré comme « une petite prestation pour un gros marché », le sous-traitant étant quant à lui considéré comme un partenaire « mineur » face à l'entrepreneur principal jugé de « majeur » : C. BRIEND, *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, th. Paris, 2015, n° 261 et s., p. 139 et s.

¹⁰⁷⁹ L. n° 78-12 du 4 janv. 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, *JORF* du 5 janv. 1978, p. 188.

¹⁰⁸⁰ C. com., art. L. 441-5.

¹⁰⁸¹ V. not. : T. CHARLES, « Vers un volet « sous-traitance » dans une loi PACTE 2 ? », *AJ Contrat*, 2019, p. 339.

¹⁰⁸² Si le contrat de sous-traitance se différencie du contrat principal, les deux sont malgré tout très liés de sorte que les modifications apportées à l'un peut impacter l'autre. De même, un changement de situation touchant le contrat principal pourra avoir des effets néfastes sur le sous-traitant ce qui est susceptible d'augmenter la durée de la relation, d'accroître les risques d'impayés, etc., et donc sa vulnérabilité.

l'entreprise commanditaire qui assumera les conséquences, mais en cas de défaillance de cette dernière, c'est le sous-traitant qui risque de subir les effets négatifs¹⁰⁸³. À cet égard, si le sous-traitant souhaite invoquer la protection instaurée par la loi du 31 décembre 1975 et solliciter le paiement de son intervention directement auprès du maître de l'ouvrage, il est indispensable que ce dernier l'ait accepté au préalable¹⁰⁸⁴, ce qui n'est pas toujours le cas¹⁰⁸⁵. L'application du mécanisme protecteur du paiement direct et de l'action directe au bénéfice du sous-traitant est soumise à une double condition tendant à limiter son efficacité¹⁰⁸⁶. De plus, le donneur d'ordres ne souhaite pas bien souvent prendre de risques financiers et recherche des sous-traitants de confiance susceptibles de faire un travail de qualité¹⁰⁸⁷. Dans le cas contraire, le sous-traitant aura moins de demandes et pourra être en difficulté. Dès lors, les sous-traitants se retrouvent dans une situation dépendante avérée à l'égard du donneur d'ordres¹⁰⁸⁸. Parfois, ils le sont également sur le plan technique ou par la fourniture de matériel.

Tous ces désavantages cumulés à la charge du sous-traitant et la mise en évidence de sa situation de dépendance montrent à nouveau qu'aussi fort il peut apparaître, le « professionnel sous-traitant » manque de protection en dépit de sa position.

¹⁰⁸³ Par ex., la faillite de l'entrepreneur principal est de nature à limiter les chances de paiement du sous-traitant.

¹⁰⁸⁴ L. n° 75-1334 du 31 déc. 1975, préc., art. 3.

¹⁰⁸⁵ D'une part, il arrive que l'entrepreneur principal ne respecte pas la procédure d'acceptation du sous-traitant par le maître de l'ouvrage et, d'autre part, il est possible que le maître de l'ouvrage refuse d'accepter et/ou d'agréer le sous-traitant ce qui relève de son pouvoir discrétionnaire : v. par ex., Cass. 3^{ème} civ., n° 00-17.807 : JurisData n° 2002-016090 ; *RDI*, 2003, p. 455, obs. H. PERINET-MARQUET. L'exercice de son pouvoir discrétionnaire par le maître de l'ouvrage est cependant limité par l'existence d'un éventuel abus de droit : Cass. 3^{ème} civ., 2 févr. 2005, n° 03-15.409 : JurisData n° 2005-026756 ; *Constr.-Urb.*, n° 3, mars 2005, comm. 60, note D. SIZAIRE ; *JCP G.*, n° 24, 2005, II, 10077, note et avis av. gén. O. GUERIN.

¹⁰⁸⁶ L. n° 75-1334 du 31 déc. 1975, préc., dont l'art. 6 dispose : « *Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution* ». Malgré l'existence à une certaine époque d'un conflit jurisprudentiel ayant opposé la Chambre commerciale et la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, la Chambre mixte a mis fin à toutes controverses en rappelant l'exigence de la double condition : Cass. ch. mixte, 13 mars 1981, n° 79-11.185, n° 79-16.281 et n° 80-12.125 ; *Bull. civ.* n° 2, n° 3 et n° 4. Sur l'évolution de cette jurisprudence, v. not. : J.-P. KARILLA, *Sous-traitance – Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 – Qualification et modalités de la sous-traitance – La protection du sous-traitant*, JCL., *Constr.-Urb.*, fasc. 206, 2015 (m.a.j. 2016).

¹⁰⁸⁷ Il faut ici relever que d'autres instruments protecteurs ont été mis en place par le biais, par ex., d'un cautionnement obtenu par l'entrepreneur principal ou d'une délégation du maître de l'ouvrage à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant (L. n° 75-1334 du 31 déc. 1975, préc., art. 14). Sur ce point v. not. : P. MELMOUX et C. POITEVIN, « Les garanties financières dans la sous-traitance », *Actes Pratiques et Ingénierie Immobilière*, n° 3, juill. 2016, dossier 27 ; L. LEVENEUR, « La protection du sous-traitant dans la loi de 1975 ne se résume pas à l'action directe... », *CCC*, n° 2, févr. 2013, comm. 27, note sous Cass, 3^{ème} civ., 7 nov. 2012, n° 11-18.138 : JurisData n° 2012-025048.

¹⁰⁸⁸ Ainsi, Monsieur VIRASSAMY a très vite admis les contrats de sous-traitance au sein de la catégorie des contrats de dépendance, G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, op. cit., p. 37 et s.

322. - **Sous-traitance et protection des données personnelles.** Concernant l'hypothèse spécifique de la sous-traitance des données personnelles, il est important de mettre en évidence son encadrement et l'instauration d'un règlement européen. Celui-ci a été établi avec l'édition d'un guide. Plus précisément, la réforme de cette protection a trois objectifs : le droit des personnes, la responsabilité et la crédibilité.

323. - **Sous-traitance et marché européen.** À l'heure de l'essor du marché européen, la loi française qui pourrait potentiellement pallier le risque d'impayés pour le sous-traitant ne s'applique par en dehors de la France à moins que les cocontractants aient opté pour la loi française garantissant alors seulement une caution.

324. - **Enjeu.** La sous-traitance peut augmenter l'activité d'une entreprise ; elle est donc très attrayante. Elle apporte aussi un certain nombre d'avantages à ceux qui offrent leurs services à des entreprises. Néanmoins, le « professionnel sous-traitant » n'a pas la garantie d'une protection totale et reste dépendant du donneur d'ordres ainsi que des risques d'impayés.

325. - **Conclusion de la Section II.** Malgré les ouvertures visibles à certains moments, le « professionnel-professionnel », qu'il soit vendeur, prestataire, sous-traitant, ne bénéficie pas d'une protection efficace, même s'il s'agit d'un petit professionnel. De ce fait, les protections mises en place ne visent que certains professionnels de manière restreinte et ne concernent pas directement le petit professionnel¹⁰⁸⁹. Il ne résulte aucune clarté, ni aucune cohérence pour lui. Les professionnels semblent considérés en fonction de leur activité et non de leur statut, ni en eux-mêmes, bien que les difficultés qu'ils rencontrent pour l'exploiter et contracter découlent avant tout de leur position sur le marché et donc de leur taille. Les conséquences relatives à l'absence de prise en compte particulière du petit professionnel sont dramatiques pour lui¹⁰⁹⁰. D'une part, cela ne permet pas de tenir compte de ses spécificités ni de sa situation et, d'autre part, cela ne donne pas la possibilité de mettre en place un dispositif protecteur adapté, répondant véritablement à sa situation de contractant en état de

¹⁰⁸⁹ Chaque professionnel, mais aussi chaque profession, se voient attribuer un droit adapté, ce qui est plus de nature à augmenter la diversité des statuts spéciaux qu'à permettre une véritable prise en compte du petit professionnel en situation de faiblesse.

¹⁰⁹⁰ À cet égard, le manque de considération envers ses spécificités engendre une protection moins efficace et explique un nombre de défaillances importantes : v. les chiffres évoqués *supra* n° 1.

vulnérabilité. L'absence de réflexion d'ensemble à la protection du petit professionnel conduit à l'existence d'un système de protection incomplet et peu efficace.

326. - **Conclusion du Chapitre II.** Au regard des développements qui précèdent, le petit professionnel apparaît généralement sous-protégé, parfois précarisé, et bien souvent ignoré. Chercher à conceptualiser une abstraction de la partie considérée comme faible en droit commun revient à ignorer les caractéristiques propres à certains de ces contractants dont la prise en considération pourrait pourtant s'avérer essentielle dans une approche protectrice effective et efficace. Or, « *la vulnérabilité ne saurait être prise en compte de manière générale : la vulnérabilité certaine de tout être humain, si elle est indiscutable, présente un contenu trop flou dont ne peut se satisfaire la matière juridique* »¹⁰⁹¹. Il en est donc ainsi de la vulnérabilité du petit professionnel contractant, de sorte que la matière contractuelle ne peut rester insensible à sa situation. À ce titre, il ne peut prétendre bénéficier du même régime protecteur que les autres acteurs. Dès lors qu'il n'est pas expressément pris en compte par chacun des droits spéciaux appréhendés, ni de manière *ratione personae* par le droit commun en général¹⁰⁹², le petit professionnel se situe à la marge de toute protection spécifique.

327. - **Conclusion du Titre I.** Même s'il se rapproche des catégories existantes, le petit professionnel ne les épouse pas totalement ; de ce fait, elles ne répondent pas à sa situation spécifique. Malgré certaines pistes, certains indices ou critères décelables ici où là, il se retrouve également mis de côté par les protections des droits spéciaux et du droit commun, qui ne tiennent pas expressément compte de ses spécificités, ce même si la réforme permet de nuancer la position sur la protection générale accordée à la partie faible. Toutefois, il n'est pas possible de feindre l'existence et l'intérêt de la prise en considération du petit professionnel.

L'analyse effectuée permet donc de réaliser que finalement aucune protection standardisée du petit professionnel en lui-même n'existe véritablement, ce dernier ne pouvant prétendre qu'à une protection ponctuelle, circonstanciée et irrégulière. Cela ne peut perdurer. Cette nécessaire protection *in personam* du petit professionnel semble justifier d'en faire une forme

¹⁰⁹¹ F. FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 13 et s., spéc. p. 25.

¹⁰⁹² Aussi, dans les branches des droits concernés, il n'a été relevé aucune protection propre au petit professionnel, pas même à la suite de l'apparition d'instruments favorables à la protection de la partie faible repris dans la réforme du droit des contrats.

de standard¹⁰⁹³. En effet, prendre en considération ses particularités et aboutir à une notion reconnue permettrait d'ouvrir sur une protection spécifique du petit professionnel afin qu'il acquiert de celle-ci l'efficacité nécessaire et adéquate qu'il attend.

Faut-il agir sur un terrain idéologique ou juridique ? Certes, la nécessité de protéger ou pas le petit professionnel présente des aspects idéologiques. Mais la solution relève à l'évidence du domaine juridique puisque lui seul est en mesure de répondre aux finalités et à l'efficacité de la protection. Aussi, malgré la sensibilité du législateur vis-à-vis de la partie faible, à la suite de la réforme du droit des contrats, le résultat étant insuffisant, les efforts doivent donc être poursuivis. Il s'agit alors de rechercher les caractéristiques propres du petit professionnel afin de le déterminer, l'appréhender de manière positive, en lui-même et non plus par opposition ou par négation. Cette démarche permettra de confirmer ou infirmer s'il est possible de déboucher sur une notion autonome.

¹⁰⁹³ Ce en quoi il convient de se différencier de Monsieur HABA qui estime qu'aucune prise en compte standardisée du petit professionnel ne doit être mise en œuvre. Il indique ainsi : « *Leur situation de faiblesse étant circonscrite, leur protection n'est due que par détermination de la loi, ce qui exclut, en toute circonstance, une protection standardisée qui ne leur conviendrait pas* », P. HABA, *Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé*, th. préc., n° 544, p. 396.

TITRE II :

LE PETIT PROFESSIONNEL

AUX CARACTERISTIQUES PROPRES

328. - **Présentation.** Les développements qui précèdent ont permis de relever l'inadaptation du droit positif à prendre en compte ou à protéger le petit professionnel. Il convient dès lors de franchir le pas et d'envisager une identification de ce dernier en faisant apparaître ses caractéristiques propres. L'objet de l'étude est donc maintenant d'évoquer ce qu'est le petit professionnel afin que chacun prenne pleinement conscience de son existence. Il s'agit de la part la plus stimulante de ce travail de recherche : l'essor de la notion de petit professionnel.

La prise en compte du petit professionnel entraîne plusieurs interrogations empreintes de doute. De l'appréciation de sa réalité à l'élaboration de sa définition, le petit professionnel doit faire face à de nombreux dilemmes. Cette approche s'inscrit dans un phénomène plus large de justice contractuelle et d'équilibre du marché. Or, « *Rarement, l'incompréhension aura été aussi grande qu'en cette fin de XX^e siècle entre la pratique économique telle qu'elle s'impose autour du libéralisme et les aspirations des hommes à plus de justice* »¹⁰⁹⁴. Cette réflexion s'applique, semble-t-il, toujours au début du XXI^e siècle. Entre le besoin d'épanouissement des acteurs sur le marché, pour permettre son développement, et la nécessité pour celui-ci de se recentrer sur les acteurs économiques afin qu'ils aient confiance en lui, le débat reste délicat et le petit professionnel en constitue l'un des éléments privilégiés.

329. - **Articulation des finalités : économique et morale ?** L'étude des finalités permet de comprendre et surtout d'apprécier les règles de droit adoptées¹⁰⁹⁵. Le droit est très

¹⁰⁹⁴ Ph. CHALMIN, *Le marché – Éloge et réfutations*, Economica, 2000, p. 1.

¹⁰⁹⁵ Les buts poursuivis par la règle de droit donnent du sens et constituent une aide précieuse à sa compréhension et à son application. Ainsi, il a été relevé en matière de droit de la concurrence que « *la connaissance des finalités éclaire [...] les autorités et permet aux entreprises d'anticiper les prises de*

attentif aux finalités des normes et donc aux besoins auxquels elles répondent. Monsieur le Professeur JESTAZ a souligné que « *le droit, qui tend à réguler la vie en société, part toujours du fait social pour tenter de lui donner un régime équilibré en fonction des besoins sociaux* »¹⁰⁹⁶. Par conséquent, la justification de ces besoins dont peut se ressentir le petit professionnel établit la nécessité de sa reconnaissance.

La majorité des courants de la philosophie juridique soutiennent que « *l'élaboration du droit suppose que certains résultats doivent être recherchés, et Ihéring a pu affirmer avec éclat que le but donnait la clef de la formation du droit* »¹⁰⁹⁷. Ainsi, l'examen des finalités du droit, et ici de la protection du petit professionnel, consolide la présente recherche qui s'en trouve mieux fondée. Cette entreprise se trouve subordonnée à une analyse économique du droit¹⁰⁹⁸. Le droit et l'économie sont deux matières distinctes qui tendent néanmoins à être associées lorsqu'une réflexion sur la mise en place de normes juridiques susceptibles d'influencer la vie des acteurs économiques est menée. Effectivement, même s'il est question de deux domaines bien différents leur « *rapprochement est pourtant vital* »¹⁰⁹⁹. Ce cheminement s'avère essentiel dès l'instant que sont abordées les questions relatives à la finalité économique et à l'importance sociale de la règle de droit, notamment dans le domaine des affaires. Un éminent auteur a précisé que « *le nouveau courant de l'analyse économique du droit, si en vogue aux États-Unis, met directement en cause la nature et la spécificité du droit* »¹¹⁰⁰ et apporte un éclaircissement majeur à son analyse. Cela permet par ailleurs d'avoir « *une vision dynamique du droit* »¹¹⁰¹. De même, il convient de tenir compte de l'aspect moral de la justice contractuelle prônée par la réforme du droit des contrats. Désormais, les libertés économiques et le droit du marché ne peuvent se développer sans tenir compte de la progression du constitutionnalisme et de l'essor d'une forme de doctrine morale, surtout déployée au travers des droits fondamentaux¹¹⁰², méthode à ne pas négliger.

décisions » : J.-Ch. RODA, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018, chron., p. 1504, spéc. n° 4. À l'évidence, cette réflexion peut être généralisée à d'autres domaines du droit et au Droit de manière globale.

¹⁰⁹⁶ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, « Connaissance du droit », 2005, p. 76.

¹⁰⁹⁷ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, 1999, n° 17, p. 28.

¹⁰⁹⁸ V. not., M.-A. FRISON-ROCHE et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents*, PUF, 2005 ; *Droit et économie des contrats*, Ch. JAMIN (dir.), LGDJ, Droit et Economie, 2008 ; G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, Coll. Thémis, 1971.

¹⁰⁹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'état, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence », *LPA*, 17 mai 1995, n° 59, p. 4, spéc. n° 3.

¹¹⁰⁰ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 8, p. 18.

¹¹⁰¹ D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. BOUCOBZA, Fondation Varenne Collection de thèses, 2011, n° 311, p. 218.

¹¹⁰² La conformité du droit des contrats et notamment des principes qu'il véhicule, telle que la liberté contractuelle, la bonne foi, etc., est de plus en plus discutée et débattue au regard des règles constitutionnelles et des garanties fondamentales. En ce sens, v. not. : D. COSTA et A. PELISSIER (dir.), *Contrats et Droits*

330. - **Démarche : d'une catégorie intermédiaire à une catégorie à part entière.**
La notion de petit professionnel doit rassembler des réalités souvent évoquées mais jamais clairement ni précisément identifiées, et cela concerne une quantité non négligeable d'acteurs économiques. Elle est particulièrement rattachée au droit européen par le fait que ce dernier a « conceptualisé » le mouvement existant autour de ce contractant spécifique¹¹⁰³. À cet égard, Monsieur HABA considère et appréhende plutôt le petit professionnel comme « *une catégorie intermédiaire entre les consommateurs et les professionnels* »¹¹⁰⁴, sans pour autant en apporter une définition précise et en tirer les conséquences qui s'imposent. Il convient donc de reconnaître cet acteur comme une catégorie à part entière en tentant de le définir au travers de ses spécificités. Il y a lieu d'apporter de la clarté dans la diversité existant au sein de la catégorie générale de professionnel et d'envisager les conceptions possibles du petit professionnel pour l'identifier précisément. L'enjeu est primordial dès lors qu'il conduit à opérer une transformation des postulats bien établis et des rapports au sein même de la catégorie très générale du « professionnel ».

331. - **Plan.** Ainsi, il convient de revenir sur l'émergence du petit professionnel dans l'ordre juridique (**Chapitre I**), pour ensuite observer tout particulièrement sa réception par ce même ordre juridique (**Chapitre II**).

Chapitre I : L'émergence du petit professionnel dans l'ordre juridique

Chapitre II : La réception progressive du petit professionnel par l'ordre juridique

fondamentaux, PUAM, 2011, spéc. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Droits fondamentaux et interprétation du contrat, Regard du Juge constitutionnel », p. 107 et s., et J.-P. MARGUENAUD, « Droits fondamentaux et interprétation du contrat, Regards sur les juges », p. 113 et s. Le Professeur MARGUENAUD met ainsi en évidence dans ce cadre « *la portée indécise du principe de liberté contractuelle* », spéc. p. 118.

¹¹⁰³ Il faut entendre ici le droit européen positif et aussi les divers droits européens, c'est-à-dire les droits de chaque pays européen venant tour à tour et à leur façon influencer et inspirer les droits voisins : v. not., le rôle du droit anglais identifié par Monsieur HABA dans l'approche de cette catégorie spécifique de professionnel que constitue le petit professionnel.

¹¹⁰⁴ P. HABA, *Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé*, th. préc., n° 254, p. 192.

CHAPITRE I :

L'émergence du petit professionnel dans l'ordre juridique

332. - **Présentation.** Inscrire véritablement le petit professionnel dans le paysage juridique contractuel contemporain s'impose maintenant. Toutefois, cette perspective ne doit pas conduire à négliger les difficultés de la démarche, principalement présentes au travers de la diversité des situations et des occurrences que semble recouper la notion de petit professionnel. En identifiant précisément les réalités se trouvant sous ce vocable, il sera possible de déterminer avec précision ce à quoi il tend, même si cela ne doit pas être toujours aisé.

333. - **Démarche : de la diversité des professionnels à la diversité des petits professionnels.** La notion de professionnel, comme cela a été apprécié¹¹⁰⁵, est très générale et semble regrouper une grande diversité d'acteurs¹¹⁰⁶. La question du domaine d'activité rend notamment difficile la prise en compte juridique du professionnel, chaque domaine ayant ses propres règles¹¹⁰⁷. En outre, il semble exister au moins autant de professionnels qu'il y a de professions¹¹⁰⁸. La question de la taille, trop souvent délaissée¹¹⁰⁹, alors même qu'elle semble présenter des avantages non négligeables pour le sujet de cette étude, permet d'apporter

¹¹⁰⁵ V. *supra* n° 88 et s.

¹¹⁰⁶ G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, JCl., Conc. Cons., fasc. 800, 2016, n° 18. Qu'il s'agisse du commerçant, du courtier, du franchisé, du publicitaire, du banquier, du transporteur, du commissionnaire, du distributeur, du fournisseur, etc., qui sont autant de statuts spécifiques au sein de cet ensemble.

¹¹⁰⁷ Par ex., le secteur agricole n'est pas soumis aux mêmes règles que le secteur de la banque. Cela se vérifie pour la majeure partie des spécialités professionnelles prises au hasard.

¹¹⁰⁸ Même si une telle affirmation peut être atténuée, v. not. : Cass. 2^{ème} civ., 4 juill. 2007, n° 07-12.078 ; *Bull. civ. II*, n° 191, où les Hauts magistrats rappellent que l'expert judiciaire géomètre n'est pas soumis aux dispositions protectrices de la profession de géomètres-experts dès lors que l'expertise judiciaire n'est pas une profession. V. égal. les développements de Monsieur LOCHOUARN sur l'exercice d'une activité professionnelle sans profession et d'une profession sans activité professionnelle : D. LOCHOUARN, *La profession, Approche juridique de la notion*, th. Lyon III, 1998, spéc. n° 154 et s., p. 169 et s.

¹¹⁰⁹ Ainsi, « une société importante est un professionnel au même titre qu'un petit commerçant » : C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002, n° 418, p. 214.

certaines précisions. Avec la prise en compte de cette diversité, il sera plus facile de faire « ressortir » l'existence du petit professionnel. Il a ainsi justement été relevé que « *les professionnels sont d'une très grande diversité, non seulement par leur secteur d'activité mais aussi par leur importance économique* »¹¹¹⁰.

La diversité des professionnels, qu'ils soient distributeurs ou fournisseurs, vendeurs ou acheteurs, se retrouve également dans l'approche des petits professionnels. La multitude des situations de ces derniers ne permet pas de prendre en compte la réalité de chacune d'elles. Néanmoins, il est évident que le petit professionnel se manifeste sous des formes multiples tant par la profession elle-même que par la taille de son activité, et il est essentiel d'identifier ce phénomène pour justifier sa prise en considération. Il s'agit d'un véritable « pot commun » qu'il faut faire éclater.

334. - **Plan.** À l'indifférence générale à laquelle fait face le petit professionnel (Section I) doit donc répondre une véritable appréhension de sa réalité (Section II).

Section I : L'indifférence générale envers le petit professionnel

335. - **Ambiguïté et difficulté.** Il existe une indifférence envers le petit professionnel : cela ne permet ni de répondre à sa situation, ni d'envisager une protection efficace de celui qui devrait bénéficier de mesures précises et effectives pour les situations le concernant. De plus, chacun tente souvent de profiter à sa façon des dispositions protectrices mises en place¹¹¹¹, de ce fait le regard sur sa position reste imprécis et les règles sont difficilement applicables.

336. - **Lutter contre l'indifférence.** Dès lors que l'indifférence envers le petit professionnel a été constatée¹¹¹², il faut se demander si elle est justifiée. De toute évidence, et compte tenu de l'importance au moins quantitative de ce contractant sur le marché, une prise en considération spécifique s'impose. Comment donc combattre ce désintérêt ? Certaines lois

¹¹¹⁰ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018/2019, n° 3124.25. (Personnellement et volontairement souligné).

¹¹¹¹ V. *supra* n° 174 et s.

¹¹¹² Aucun texte législatif ne lui accorde de manière suffisante une attention particulière en tant que « petit professionnel » précisément nommé.

tentent de s'adapter¹¹¹³ en s'adressant directement à une partie des petits professionnels, mais cela n'est pas suffisant. Une telle évolution démontre donc que l'indifférence globale vis-à-vis de ces contractants doit être transcendée.

337. - **Plan.** Approfondir le principe d'égalité (I) des contractants précédemment évoqué de manière imprécise et revenir sur la position de force présumée du professionnel en général (II) sont autant d'éléments contribuant à faire état de l'indifférence envers le petit professionnel.

I. L'égalité originelle de principe des contractants

338. - **Affirmation et consécration.** Si d'une certaine manière, contracter c'est devenir dépendant de son créancier¹¹¹⁴, la question se pose de savoir si avant la souscription du contrat les contractants sont déjà dans une position de dépendance ou d'inégalité l'un vis-à-vis de l'autre. En son temps, ARISTOTE affirmait que « *le juste dans les contrats consiste en une certaine égalité* »¹¹¹⁵. C'est pourquoi, la vision traditionnelle du contrat repose sur le fait que les parties se trouvent dans une situation similaire comme le défendait la réalité de l'Antiquité.

339. - **Combat et remise en cause.** Quelle que soit l'époque, l'inégalité y compris dans les relations contractuelles a été combattue et remise en cause. Les situations précises et concrètes apportent une vision plus claire des faits et justifient de poursuivre cette lutte en faveur de plus d'égalité.

¹¹¹³ L. n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, *JORF* n° 0140 du 19 juin 2014, p. 10105, texte n° 1 ; *JCP E.*, 2014, act. 460 et 501 ; *Cah. dr. entr.*, n° 4, juill. 2014, act. 3. Sur laquelle v. not. pour une chronologie de son élaboration : X. DELPECH, J.-M. PASTOR et Y. ROUQUET, « Présentation du projet de loi sur l'artisanat, le commerce et les très petites entreprises », *D. actu.*, 2 sept. 2013 ; des mêmes auteurs : « Projet de loi « artisanat, commerce et TPE » : les apports du Sénat », *D. actu.*, 30 avr. 2014 ; « Le projet de loi « artisanat, commerce et TPE » est voté », *D. actu.*, 30 mai 2014.

¹¹¹⁴ Par principe, le contractant va, en effet, devoir exécuter son obligation envers son partenaire et se trouve lié par le contrat, même s'il ne souhaite plus être engagé.

¹¹¹⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. et présentation R. BODEÛS, GF Flammarion, 2004, Livre V, Chapitre IV, 3. L'éminent philosophe a d'ailleurs admis préalablement que « *si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas, dans la façon dont elle seront traitées, l'égalité. De là viennent les disputes et les contestations, quand des personnes sur le pied d'égalité n'obtiennent pas des parts égales, ou quand des personnes, sur le pied d'inégalité, ont et obtiennent un traitement égal* », spéc., Livre V, Chapitre III, 6.

340. - **Plan.** De son affirmation de longue date (A), à sa remise en cause (B), le principe d'égalité des contractants n'a cessé de rencontrer critiques et réfractaires (C).

A. Approche historique

341. - **Postulat de liberté.** Le principe de la liberté a depuis longtemps été consacré en matière contractuelle, notamment par le Code civil de 1804. PORTALIS lui-même avait ainsi affirmé que « *la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* »¹¹¹⁶. En ce sens, le contrat apparaît comme l'instrument permettant l'expression de la volonté des parties par le biais de la liberté dont elles disposent et qui leur est offerte. Il est évident que la liberté des contractants en tant que l'un des principes directeurs du contrat leur permettra d'entretenir des relations contractuelles et économiques, et ainsi de faire fonctionner le marché et l'économie. En outre, du principe de la liberté contractuelle, la doctrine et plus précisément les auteurs civilistes vont tirer le dogme de l'autonomie de la volonté et par extension la force obligatoire des contrats¹¹¹⁷.

342. - **Postulat d'égalité.** L'égalité semble exister par nature s'il est fait abstraction de la société et des règles la régissant. En revanche, dès lors que la situation des personnes est en mouvement, que les rapports et les plans ont changé au bénéfice d'une partie plus que d'une autre, les relations ne sont plus les mêmes, et l'égalité apparaît en retrait¹¹¹⁸. Pour autant, l'égalité de droit existe entre les hommes¹¹¹⁹. À l'inverse du droit de la consommation dans lequel l'inégalité contractuelle apparaît comme un véritable principe général et où, de ce

¹¹¹⁶ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, préf. M. MASSENET, Bordeaux, éd. Confluences, 2004, p. 57.

¹¹¹⁷ V. *supra* n° 273.

¹¹¹⁸ Pour une réflexion générale et philosophique, v. not. l'analyse de LOCKE affirmant que dans l'état de nature, lequel n'est régi par aucune loi, « *des créatures d'une même espèce et d'un même ordre, qui sont nées sans distinction, qui ont part aux mêmes avantages de la nature, qui ont les mêmes facultés, doivent pareillement être égales entre elles, sans nulle subordination ou sujétion* ». Cependant, « *ceux qui entrent dans une société remettent l'égalité, la liberté et le pouvoir qu'ils avaient dans l'état de nature entre les mains de la société* », J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, GF - Flammarion, Paris, 2^e éd., 1992, n° 4, p. 143. Si la diversité est une bonne chose, elle ne doit pas exister au détriment de l'égalité. V. égal. l'analyse de HOBBS qui, en affirmant que « *l'homme est un loup pour l'homme* », en tire la conséquence de la nécessité de créer une norme juridique pour faire cesser la violence inhérente à l'état de nature. Or, la violence due aux inégalités demande de reconnaître et protéger certaines personnes comme le petit professionnel dans l'ordre juridique, d'où le travail entrepris.

¹¹¹⁹ L'art. 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose ainsi : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Pour une approche globale et historique de l'égalité en droit, v. D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999, spéc. n° 30 et s., p. 17 et s.

fait, le postulat de l'égalité entre les contractants a été largement reconnu par le Code civil. Sans égalité, les partenaires contractuels ne peuvent pas bénéficier de la même façon et dans la même mesure de l'activité économique, ni de l'économie libérale¹¹²⁰. Toutefois, ce principe ne peut être efficace qu'en traitant de manière égale des parties réellement reconnues en situation égale¹¹²¹. Par conséquent, l'égalité de fait est un préalable nécessaire à l'application de ce principe d'égalité. Par exemple, le principe de non-discrimination existant en droit de la concurrence¹¹²² repose à l'évidence sur le principe d'égalité des concurrents.

343. - **Droit européen.** Il convient par ailleurs de relever que ces principes sont également consacrés en droit européen des contrats. Ainsi, l'article 1.102 des Principes du Droit Européen des Contrats institue comme base à la relation contractuelle, la liberté des contractants.

344. - **Transition.** Si, bien que de manière très abstraite, les principes de liberté absolue et d'égalité juridique sont rapidement devenus des principes généraux du droit, permettant de défendre en particulier l'idée selon laquelle plus personne ne doit bénéficier de privilèges ou d'exceptions, il est constant que les conséquences de leur application bénéficient plus à certains contractants qu'à d'autres¹¹²³.

B. Remise en cause

345. - **Nouvelle position et évolution.** La prise en compte accrue des réalités sociales et des positions parfois différentes de certains acteurs économiques sur le plan contractuel a

¹¹²⁰ C'est pourquoi l'égalité entre contractants se situe à la base de tout système libéral.

¹¹²¹ Or, comme le souligne la pensée de PLATON « *la nature n'a pas fait chacun de nous semblable à chacun, mais différent d'aptitudes, et propre à telle ou telle fonction* » : PLATON, *La République*, éd. Garnier Frères, Paris, 1966, Livre II, 369b-370b, p. 118. En prolongement, les contractants n'échappent pas à cette diversité et le petit professionnel constitue un exemple des différences de situations pouvant être rencontrées. Dans ces conditions, l'inégalité qui demeure justifie la légitimité d'une certaine justice contractuelle.

¹¹²² Ord. 1^{er} déc. 1986 ; v. préc. art. 1^{er} de la loi du 27 déc. 1973 et art. 37-1 de l'ord. du 30 juin 1945.

¹¹²³ La liberté contractuelle et l'égalité juridique sont avant tout prônées par ceux qui en bénéficient le plus, c'est-à-dire ceux qui sont en mesure d'en exploiter tous les avantages. À titre d'exemples, les opérateurs qui mettent en avant la liberté économique sont avant tout ceux qui ont les moyens d'investir. Également, les contractants qui rappellent, voire martèlent, les principes de liberté et d'égalité sont principalement ceux qui sont en mesure de conclure un contrat librement en pouvant négocier ses moindres stipulations, et qui en outre peuvent traiter indifféremment avec tel ou tel partenaire, sans distinction. En résumé, ce sont ceux qui n'ont pas à faire de concession, ni à se plier à la volonté ou aux *desiderata* de leur partenaire. En ce sens, il est aisé de prôner la liberté dès lors qu'il est possible d'en profiter pleinement, ou encore l'égalité quand le cocontractant se place plus en position d'infériorité que de force par rapport à soi.

permis de mettre en évidence des « nuances dans les postulats classiques de liberté et d'égalité des contractants »¹¹²⁴. Le postulat d'égalité entre ceux-ci apparaît, en effet, comme « un leurre »¹¹²⁵. Particulièrement, ce phénomène s'est accentué avec l'interaction de certains droits comme le droit des contrats, le droit de la consommation, le droit de la concurrence et plus généralement le droit des affaires¹¹²⁶. La récente réforme du droit des contrats s'inscrit parfaitement dans ce mouvement¹¹²⁷. En outre, les faits eux-mêmes sont venus remettre en cause le postulat de l'égalité abstraite des contractants¹¹²⁸, prenant ainsi en compte l'inégalité pouvant exister entre les parties¹¹²⁹.

346. - **Inégalités de fait.** L'abandon de la conception abstraite du contractant et la remise en cause de la fiction de l'égalité des parties¹¹³⁰ par la prise en compte des inégalités de fait entre les partenaires contractuels ont été perçus par le juriste¹¹³¹, d'abord en matière sociale, puis de manière plus générale en droit des contrats : par exemple, en droit de la consommation ou en droit de la concurrence. C'est ainsi que « l'évolution de la société a fait apparaître l'inégalité des contractants, inégalité de leur puissance économique, inégalité de

¹¹²⁴ J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. VINEY*, LGDJ, 2008, n° 1, p. 835.

¹¹²⁵ G. RAYMOND, *Contrats de consommation*, JCl., Conc. Cons., fasc. 800, 2016, n° 13.

¹¹²⁶ V. not., D. MAZEAUD, « La formation du contrat », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 87 et s. L'auteur considère ainsi que : « Le droit de la consommation [...] paraît, en effet, une réplique nécessaire à la réalité contractuelle dont l'observation démontre, à l'envis, que les idées de liberté et d'égalité sur lesquelles a été édifiée la théorie générale du contrat, ou, si l'on préfère, le droit commun des contrats, sont souvent, sinon des mythes, du moins des utopies », spéc. p. 88-89.

¹¹²⁷ Le Professeur CHANTEPIE a notamment relevé à l'occasion des discussions concernant la réforme du droit des contrats que « C'est bien le souci de protection qui a justifié que soit recherché, par l'intermédiaire du droit des contrats, le rétablissement d'une forme d'égalité entre les parties. L'inégalité des parties justifierait une asymétrie dans les droits et actions offerts aux contractants », G. CHANTEPIE, « La réforme en pratique. Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJCA*, n° 3, 2015, p. 122.

¹¹²⁸ Quitte à en sacrifier l'essence même comme l'avait relevé le Doyen RIPERT : « la protection générale et abstraite de certains contractants n'a, quoiqu'on en dise, aucun rapport avec le respect de la volonté telle que le Code civil la concevait. Il s'agit tout simplement de protéger une catégorie spéciale de personnes contre la force des autres. Sous un régime démocratique, la protection va naturellement à ceux qui sont en même temps les plus faibles et les plus nombreux. Cette politique sans doute se réclame de la justice, mais c'est une justice abstraite : elle ne tient pas compte des situations individuelles ; elle fait de grandes catégories dans les sujets de droit [...] quand l'idée a été acquise que les faibles ont le droit d'être protégés par les pouvoirs publics en raison de leur faiblesse même, l'intervention légale a sacrifié le principe d'égalité devant la loi, sans avouer que certaines catégories de personnes étaient ainsi privilégiées », G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, n° 16.

¹¹²⁹ En ce sens, J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. I, p. 1 et s., spéc. p. 2.

¹¹³⁰ J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. 2, *Le contrat*, LGDJ, 1980, n° 588.

¹¹³¹ V. not., J.-P., CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble II, 1996, Tome 1. Il est ainsi souligné que « La nouveauté est que le droit positif, tel qu'issu de la Révolution, a été conçu comme si tous les individus appartenant à la société étaient égaux. Ce postulat est révélateur d'une conception très abstraite des normes juridiques, ainsi que d'une confusion entre l'égalité des droits et l'égalité des faits », spéc., n° 3, p. 4.

leur savoir technique, qui risque de fausser la conciliation harmonieuse des intérêts d'où le contrat est appelé à sortir »¹¹³². Cette évolution est principalement due au phénomène de développement de la production de masse en série et à l'apparition en conséquence de grandes entreprises dans lesquelles se trouvent regroupés les capitaux et le savoir industriel.

347. - **Inégalités entre professionnels.** Alors même que les professionnels sont présumés indépendants, et ne semblent de prime abord présenter aucune infériorité de ce fait, certaines soumissions tant juridiques qu'économiques sont apparues. Ainsi, « *les relations entre professionnels et particulièrement entre producteurs et distributeurs révèlent une situation d'inégalité des parties au contrat* »¹¹³³, comme dans les contrats de dépendance¹¹³⁴. Précisément, des inégalités ont été constatées notamment en matière de « *contrat d'approvisionnement exclusif, de concession, de sous-traitance ou d'intégration* »¹¹³⁵. Principalement, il s'agit ici d'une inégalité économique qui s'est transformée en inégalité juridique. Ainsi, « *point n'est besoin d'explications savantes pour comprendre que la position d'infériorité dans laquelle se trouvent généralement les P.M.E. dans leurs relations avec les grandes firmes, rend particulièrement illusoire à leur égard le principe de la liberté des conventions* »¹¹³⁶, leur inégalité étant notable.

348. - **Fatalité ?** Des disparités existent et ont toujours existé entre les parties au contrat. Le Professeur ROUHETTE relevait ainsi que « *tout contrat opère nécessairement comme instrument de domination sociale d'un contractant faible par un contractant fort* »¹¹³⁷, rendant donc incontournable la traduction des inégalités de fait dans le domaine juridique. De surcroît, « *l'inégalité de conditions entre agents économiques et cocontractants est inévitable,*

¹¹³² L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 177 et s., spéc. n° 2, p. 178.

¹¹³³ S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, th. Montpellier, 2008, n° 55, p. 45.

¹¹³⁴ C'est-à-dire, selon Monsieur VIRASSAMY, les « *contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle, l'un des partenaires, l'assujetti se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique ou sa domination* », G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1986.

¹¹³⁵ S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, op. cit., p. 45 et s. Adde, G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, op. cit.

¹¹³⁶ A. ZENNER, « Les P.M.E. dans leurs relations avec les grandes firmes », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 164.

¹¹³⁷ G. ROUHETTE, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 247 et s., spéc. n° 10, p. 255.

elle est même un des traits dominants des relations contractuelles contemporaines »¹¹³⁸. Néanmoins, les clauses imposées au sein d'un contrat et résultant, par exemple, d'un abus de puissance économique doivent pouvoir être remises en question. Le rôle du législateur est bien dans ces conditions de rétablir la liberté de chacun des contractants, étant rappelé qu'à partir du moment où une partie décide de se lier par le contrat, elle perd une part de sa liberté.

C. Critiques et réfractaires

349. - **Discussion.** D'un point de vue contractuel, les principales considérations mises en avant pour mettre en garde contre les risques d'une trop grande protection sont l'atteinte au consensualisme, à la liberté contractuelle, et à la sécurité juridique. Aussi, l'idée même d'une prise en compte spécifique du petit professionnel, voire de son éventuelle protection, se trouve remise en question au nom de la liberté contractuelle et de l'efficacité économique. Pour autant, est-il véritablement possible de parler d'atteinte lorsqu'il s'agit effectivement de garantir l'intégrité du consentement et la liberté de l'un des contractants par rapport à l'autre ? Pourquoi finalement l'un serait-il plus privilégié que l'autre ? Simplement, il se trouve dans une meilleure position et il serait inconcevable d'essayer d'équilibrer les choses et donc de tenir compte des disparités. La recherche de l'efficacité économique ou la garantie de la sécurité juridique ne doivent pas être unilatérales et fonctionner seulement dans le sens de celui qui prône la liberté puisque par principe il est le seul à pouvoir réellement bénéficier et profiter de cette liberté, ce qui lui convient donc. Il n'y a aucune règle, aucun postulat qui est venu affirmer que les relations contractuelles devaient demeurer déséquilibrées et la sécurité juridique être privilégiée lorsque les contractants ne sont pas égaux. De plus, celui se trouvant en position de force sait parfaitement quand il profite ou tente de profiter de sa situation et ne peut donc se plaindre ultérieurement d'un prétendu rééquilibrage, alors qu'il a lui-même rendu la relation déséquilibrée ou, à tout le moins, accentué ce déséquilibre.

350. - **Parallèle avec le droit de la consommation.** La législation consumériste est venue en grande partie rendre solennelle la conclusion du contrat en octroyant, par exemple, des délais de réflexion ou un droit d'information. En pratique cependant, la majorité des contrats de consommation sont conclus très rapidement et cela bien plus fréquemment que

¹¹³⁸ S. NICOLET, *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, th. Montpellier, 2008, n° 13, p. 17. V. aussi : M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats – Les contrats de distribution*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 1999, p. 77.

n'importe quel contrat entre professionnels. Dans ces conditions, le consommateur bénéficie d'une forme d'apprentissage, il acquiert une compétence par rapport au professionnel débutant, sans expérience et avec peu de moyens. De surcroît, le consommateur a de temps à autre envie de conclure le contrat, parce qu'un bien lui plaît, mais cela sans contrainte particulière, à l'inverse du professionnel qui doit agir et faire des affaires pour exister. Ainsi, les méthodes des professionnels sont-elles parfois critiquées, entre autres les nombreuses publicités qu'ils diffusent. Pourtant le grand nombre de celles-ci exprime bien la volonté pour certains d'être vus, ou celle de subsister, ou encore celle de gagner de l'argent. Si les techniques de publicité ou de vente sont souvent reprochées aux professionnels pour attirer les consommateurs, il convient aussi de prendre en compte le comportement des consommateurs qui peuvent éventuellement profiter de la situation. Sur ce point, et au même titre que le consommateur, le petit professionnel se trouve quelquefois isolé et n'est pas alors en position de négocier avec les autres acteurs économiques.

351. - **Aboutissement.** Malgré tout et en dépit des éventuelles discussions sur l'adaptation du principe d'égalité, la remise en cause de celui-ci pour les contractants ne semble pas insurmontable¹¹³⁹.

II. Le professionnel considéré comme la partie forte

352. - **Constat.** Penser la situation du professionnel, l'oppose nécessairement au profane, et plus juridiquement au consommateur. L'étude du droit, particulièrement du droit de la consommation, permet de constater que ce domaine tend généralement à mettre à la charge des professionnels des obligations en octroyant à l'inverse plus de droits au consommateur. Or, l'approche du petit professionnel doit apporter plus de protection à certains professionnels plus faibles en limitant par conséquent les obligations et devoirs mis à leur charge. Le professionnel étant présumé le plus fort, il jouit d'un traitement de défaveur totalement opposé à la bienveillance conférée au consommateur, et de surcroît inadapté à son

¹¹³⁹ En ce sens, B. CUBERTAFOND, « Les P.M.E., leurs images et le droit », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 120. L'auteur explique notamment que « les limites juridiques sont certainement les moins incontournables : on peut changer les règles ; quant aux principes, ils sont d'application souple. Il en va ainsi du principe d'égalité, qu'un traitement spécifique des P.M.E. pourrait atteindre : possibilité de l'écarter pour un motif d'intérêt général, qui peut être aujourd'hui ceci, et demain autre chose ; appréciation de l'égalité dans le cadre de situations identiques alors même que le cadre des situations identiques peut être conçu des plus étroits ».

état s'il est en position d'infériorité. Cette situation n'est donc pas supportable par tous les professionnels dans la même mesure.

353. - **Plan.** Par sa considération habituelle, le professionnel apparaît bien souvent supérieur aux autres contractants (A), ce qui met en évidence l'égalité de principe existant entre professionnels (B), substrat de l'égalité originelle entre contractants. Toutefois, petit à petit cette supériorité et cette égalité sont disputées et doivent donc être transcendées (C).

A. La supériorité de principe du professionnel

354. - **Plan.** L'explication de cette supériorité de principe du professionnel (1) conduit à en envisager les conséquences (2).

1. Explications

355. - « *Le professionnel sait, ou est censé savoir* »¹¹⁴⁰. Dès lors que le contrat met en cause un professionnel, celui-ci jouit du statut de la personne compétente, dotée du savoir acquis par la formation et l'expérience et qui de plus, peut apporter des conseils. La raison en est simple : « le professionnel est celui qui sait ou est censé savoir ». Dans ces conditions, il n'a pas besoin d'être informé, mais doit plutôt être en mesure de le faire vis-à-vis de ses partenaires. Par ailleurs, le consommateur est, bien sûr, libre d'accepter le contrat. Mais concernant les professionnels artisans par exemple, il est difficile à l'heure actuelle d'obtenir leurs services et souvent, en plus, il est compliqué de trouver la « perle rare » qui apporte simultanément la qualité et les tarifs intéressants pour les services rendus. Tout cela positionne le professionnel tel un contractant pour le moins supérieur, voire « suprême ».

356. - « *Le professionnel peut, ou est censé pouvoir* »¹¹⁴¹. Le fait est que le professionnel, loin de prétendre à une protection spécifique, doit en revanche pouvoir se défendre seul et préserver les droits de son cocontractant. De plus, le consommateur qui vient

¹¹⁴⁰ J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », *in mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249.

¹¹⁴¹ J. MESTRE, *ibid.*

acheter auprès de lui n'a de son côté rien à prouver¹¹⁴². Par contre, le professionnel en charge de son activité doit faire preuve de plus de vigilance tant sur son attitude personnelle que sur son travail desquels dépendront les contrats futurs. Mais si deux professionnels contractent ensemble, les deux devront faire preuve de vigilance. Si l'un est plus fort et l'autre plus faible, il est aisé de deviner lequel aura à le faire.

357. - **Résultat.** La supériorité du professionnel ne fait désormais l'objet d'aucune discussion. Celui-ci est « *entendu comme une personne disposant non seulement d'une supériorité économique, mais encore juridique* »¹¹⁴³. De ce fait, il paraît bien étrange de vouloir attirer l'attention sur ladite faiblesse de certains professionnels comme c'est le cas pour le petit professionnel. Cette démarche est toutefois essentielle étant donné les conséquences importantes engendrées par cette forme de présomption de supériorité du professionnel sur son partenaire.

2. Conséquences

358. - **Un dogme enraciné : le professionnel toujours plus fort.** Considérer le professionnel comme le contractant puissant par excellence a donné naissance à un dogme en droit de la consommation, qu'il est aujourd'hui difficile de remettre en cause. Aussi, « *le dogme consumériste est que le consommateur est présumé irréfragablement faible, face au professionnel présumé irréfragablement puissant* »¹¹⁴⁴. De ce fait, cette considération a eu et a encore des conséquences sur le régime même attribué à chacun de ces contractants. En effet, un traitement particulier et plus lourd est imposé au professionnel par rapport au consommateur¹¹⁴⁵. Des obligations plus importantes sont mises à sa charge par le législateur. À titre illustratif, il est convenu que le professionnel ait une obligation de se renseigner et de contrôler en outre la qualité de l'information obtenue¹¹⁴⁶. Aussi, s'il est débiteur de tout renseignement et information à l'égard de son client, il est avant tout forcé de, lui-même, se

¹¹⁴² S'il n'est pas satisfait, il peut se tourner vers quelqu'un d'autre.

¹¹⁴³ N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2002, n° 360.

¹¹⁴⁴ J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 261.

¹¹⁴⁵ Traitement qui fera l'objet de développements plus approfondis ultérieurement : v. *infra* Partie 2, Titre 1.

¹¹⁴⁶ J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249 et s.

renseigner, savoir et pouvoir. De façon générale et légitime, la personne à protéger doit être celle qui se trouve en situation de faiblesse. Or, le professionnel étant présumé, par principe, comme le contractant fort, il se trouve *de facto* exclu de toute protection. Pour autant, dans le contexte économique actuel, tous les professionnels ne font pas le même poids. Par suite, ce phénomène se répercute dans le domaine contractuel. Ces professionnels ne sont pas non plus tous à même de se renseigner et de négocier leur engagement de manière identique, à moins qu'il ne s'agisse de juristes par exemple ou qu'ils disposent d'un service compétent en la matière ; ce dont il est permis de douter¹¹⁴⁷. Tous ne sont pas initiés ou formés pour cela. Il est donc indispensable de prendre en compte l'état dans lequel se trouve tout contractant et, par principe, le petit professionnel apparaît dans un état de faiblesse au regard des autres professionnels, et parfois même d'autres contractants tels que des consommateurs. Cette présomption de vulnérabilité est propre au consommateur, alors que le professionnel doit toujours établir son état de faiblesse. Le constat d'un petit professionnel ignoré est évident.

Corollaire de ses charges habituelles, le professionnel est soumis à des sanctions plus importantes lorsqu'il ne respecte pas les obligations auxquelles il est contraint. C'est ainsi qu'il peut encourir à la fois des sanctions administratives, notamment des amendes¹¹⁴⁸, ou l'annulation du contrat conclu et donc la perte d'affaires. Ainsi, à l'inverse de certains contractants et particulièrement du consommateur, le professionnel encourt des sanctions importantes, étant remarqué que les risques pour la sécurité juridique peuvent apparaître indifférents dans ce cas alors même que cela peut impacter leurs affaires, et par ricochet le marché, plus largement l'économie, dont le consommateur n'est pas le seul élément actif.

359. - **Transition.** La supériorité présumée du professionnel n'est cependant pas la seule manifestation de sa force, elle ressort également de l'égalité prônée entre professionnels.

B. L'égalité de principe entre professionnels

360. - **Égalité générale.** En raison de sa supériorité résultant de sa compétence, de son savoir, ou encore de son pouvoir, le professionnel n'est pas identifié comme un

¹¹⁴⁷ Une grosse entité aura bien souvent ses propres juristes qui pourront rédiger les contrats pour elle. À l'inverse, un petit producteur ne bénéficiera sûrement pas de tels moyens. Dans ces conditions, l'application de certaines normes, notamment européennes, ne seront peut-être pas sa priorité, ce qui est source de contentieux, d'inégalité et d'insécurité pour l'ensemble du marché et du droit.

¹¹⁴⁸ Par ex. : C. consom., anc. art. L. 141-1-2, devenu le nouvel art. L. 522-1.

contractant dans le besoin, bien au contraire. Outre sa supériorité sur les autres parties, il est placé en toute logique sur un pied d'égalité avec les autres professionnels, quelle que soit sa taille. Cette égalité entre professionnels se fait évidemment au détriment du plus petit dont la position inférieure ne lui permet pas toujours de rivaliser. Bien plus, cela permet d'aboutir à l'instauration d'une véritable présomption irréfragable d'égalité entre les professionnels¹¹⁴⁹.

361. - **Fiction.** Ainsi, « *la concentration capitalistique et la grandeur de certaines entreprises ne permettent plus de présumer l'égalité des contractants* »¹¹⁵⁰, tout particulièrement entre professionnels, la nécessité de prendre en compte les distinctions existantes entre ces derniers, notamment en raison de leur taille, se fait de plus en plus ressentir.

C. Supériorité et égalité à transcender

362. - **Illusion.** Pour autant, il convient d'admettre que la réalité de cette supériorité n'est pas aussi radicale, certains professionnels se trouvant parfois dans une situation d'inégalité susceptible d'engendrer des déséquilibres¹¹⁵¹. Aussi, des « petits professionnels » se trouvent systématiquement dans une situation de faiblesse, voire de soumission contractuelle¹¹⁵². Il convient donc de garder à l'esprit l'enseignement des Professeurs TERRE, SIMLER, LEQUETTE et CHENEDE qui rappellent : « *égaux en droit, les hommes ne le sont pas en fait. Puissants et humbles, riches et pauvres, habiles et maladroits, sachants et ignorants coexistent dans toute société* »¹¹⁵³.

363. - **Comparaison et mise en perspective.** La notion de faiblesse et de puissance est relative puisque par définition, lorsqu'une partie est considérée comme faible, elle l'est généralement par rapport à quelqu'un d'autre, en l'occurrence son partenaire contractuel. Dès

¹¹⁴⁹ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-il ? », *D.*, 1997, p. 260, n° 25.

¹¹⁵⁰ J.-P. CHAZAL, *ibid.*

¹¹⁵¹ En ce sens, il convient de reconnaître que « *considérer tout professionnel, de manière abstraite, comme une partie « forte », donc apte à défendre ses intérêts est dans certaines situations une illusion* », J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, p. 113, spéc. p. 114.

¹¹⁵² J.-B. RACINE, *ibid.*

¹¹⁵³ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018, n° 109, p. 128.

lors l'équité commande de ne pas négliger la faiblesse de certains professionnels, et notamment du petit professionnel.

364. - **Développement et mise à exécution.** Pour reprendre la formule de PORTALIS précitée¹¹⁵⁴, n'est-il pas juste de prendre en considération le petit professionnel quitte à remettre en question les principes de liberté et d'égalité contractuelles ? De surcroît, il convient de nuancer la position de force du professionnel et la position de faiblesse du consommateur. Comme cela a été vu précédemment, si le consommateur a besoin des produits et des services qu'il achète, parfois dans des domaines où il ne dispose d'aucune compétence particulière, il est important de tenir compte des comportements et des attitudes de chacun. De même, si le professionnel est considéré de manière indifférente comme la partie compétente qui impose ses conditions à son partenaire, il est nécessaire de nuancer cette position lorsqu'il est question du petit professionnel...

365. - **Reconnaissance de l'inégalité entre professionnels.** Hormis l'inégalité entre employeurs et salariés, dont l'analyse est exclue de cette étude pour les raisons précédemment exposées¹¹⁵⁵, et ce malgré la dépendance avérée du salarié, les inégalités entre professionnels sont fréquentes ; certains auteurs les ont d'ailleurs mises en évidence¹¹⁵⁶.

366. - **Conclusion de la Section I.** L'égalité de principe reconnue entre les contractants ne permet pas de prime abord de faire ressortir l'existence du petit professionnel dont la situation demeure indifférente. Surtout, cet aspect est renforcé par l'exaltation de cette égalité dans les rapports entre professionnels dont la position de force prend le pas sur toute éventuelle faiblesse. Pour autant si les inégalités précédemment relevées reprennent dans une certaine mesure l'idée d'une dépendance d'un professionnel à l'égard de son partenaire également professionnel, comme cela peut être le cas pour le petit professionnel, elles ne reflètent pas avec pertinence la reconnaissance et la présence de celui-ci. Aussi, le petit professionnel constitue bel et bien une réalité à prendre en considération.

¹¹⁵⁴ « La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique » : J.-E.-M., PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, op. cit., p. 57.

¹¹⁵⁵ V. supra n° 17.

¹¹⁵⁶ Pour un tableau d'ensemble, V. par ex., J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, J. GHESTIN (dir.), 4^e éd., LGDJ, 2013, t. 1, n° 369 et s., p. 276 et s.

Section II : Une réalité à prendre en compte

367. - **Présentation.** En dépit de l'égalité affirmée entre professionnels, il peut exister des déséquilibres entre ces mêmes contractants¹¹⁵⁷. Le droit a vocation à lutter contre les déséquilibres de toute sorte, qu'ils soient d'ordre social, économique ou juridique. L'influence du professionnel sur le contrat est souvent surévaluée. Pourtant, il n'en est pas toujours à l'initiative¹¹⁵⁸. Aussi, l'ascendance principalement économique prise par certains partenaires du petit professionnel conduit inévitablement à son affaiblissement.

368. - **Absence de choix : un petit professionnel contraint.** La rengaine vise à expliquer que si un professionnel conclut un contrat avec un consommateur, il existe un déséquilibre toujours en sa faveur, ou que s'il contracte avec un autre professionnel, il ne peut se plaindre ; cela tend à nier la réalité. Il est enseigné que le consommateur est contraint de conclure un contrat pour ses besoins personnels et qu'il ne peut faire autrement. Mais à suivre ce raisonnement, il est possible d'affirmer qu'un professionnel est également, et dans une certaine mesure, obligé de s'engager de la même manière pour exister, ainsi que pour faire vivre son activité, en l'absence de laquelle il se retrouve sans revenus, ne pouvant pas dans ces conditions devenir à son tour un consommateur. En conséquence, le petit professionnel, n'a pas toujours le choix. Plus qu'un autre, il se trouve dans l'obligation de contracter avec des partenaires économiques plus puissants, et de manière pas toujours très favorable¹¹⁵⁹. Or, en ce sens, le choix de contracter n'est pas toujours libre et les stipulations du contrat conclu ne sont pas systématiquement et intégralement souhaitées, voire choisies, par les contractants. Celui qui s'engage se trouve alors dans une situation différente, qualifiée de déséquilibrée, ou de faiblesse, par rapport à son partenaire.

¹¹⁵⁷ Ces déséquilibres peuvent découler d'une situation de dépendance de l'un par rapport à l'autre, d'un état de faiblesse, ou encore de la différence de taille entre les partenaires, mais pas seulement. Les situations ne se recoupent pas nécessairement et il est envisageable de rencontrer des « géants » dépendants et des « petits » non dépendants. En effet, si l'existence d'une dépendance économique est souvent mise en évidence, celle-ci peut également être structurelle et résulter de l'état du marché, voire des barrières existantes à son entrée, sans pour autant être inhérentes à l'acteur économique concerné.

¹¹⁵⁸ Dans le cadre de ses relations avec un client consommateur, s'il propose une offre, la demande vient de l'autre partie. De même, lorsqu'il contracte avec d'autres professionnels, il peut démarcher ou, au contraire, se faire démarcher, comme c'est le cas dans les relations fournisseurs-distributeurs.

¹¹⁵⁹ Ce phénomène rapproche la situation du petit professionnel dans le contrat à la vision présentée par le Professeur ROUHETTE dans son article à l'*Encyclopaedia Universalis* (G. ROUHETTE, « Contrat », p. 387), où l'auteur explique que « *les contrats sont de moins en moins – s'ils l'ont jamais été vraiment – les registres de nos volontés libres et joyeuses ; ils sont moins un plaisir de l'existence personnelle qu'une sujétion de la vie en société ; On contracte des dettes comme on contracte les fièvres : par un décret d'une puissance supérieure* ».

369. - **Plan.** Appréhender les manifestations de l'existence du petit professionnel (I) va contribuer à comprendre pourquoi il se démarque de plus en plus de la notion générale de professionnel (II).

I. Les manifestations de l'existence du petit professionnel

370. - **Plan.** Plusieurs hypothèses permettent de mettre en évidence l'existence du petit professionnel, ce qui amène à s'interroger sur la situation du professionnel partie faible en général (A), du professionnel dépendant en particulier (B) et enfin du petit professionnel en difficulté (C), ce pour y rechercher précisément les éventuelles occurrences de ce petit professionnel.

A. Le professionnel partie faible en général

371. - **Présentation.** La faiblesse n'est pas l'apanage des consommateurs et il arrive que les professionnels se trouvent également dans des situations particulièrement difficiles. La doctrine n'a pas manqué d'identifier cette réalité et ce phénomène¹¹⁶⁰. Toutefois, ces approches ne permettent pas de caractériser avec précision l'existence d'un professionnel faible particulier, petit, moyen ou grand, vendeur ou acheteur, etc. Elles s'attachent à appréhender les professionnels dans leur globalité. Aussi, la faiblesse du professionnel en tant que partie faible peut prendre différentes formes. Cela rend son appréhension délicate et il n'est pas possible de se satisfaire d'une telle situation. Afin de pallier cette problématique, il est intéressant de calquer la démarche sur le droit de la consommation en s'intéressant spécialement ici au professionnel qui répond, en quelque sorte, aux mêmes standards que le consommateur, c'est-à-dire à l'hypothèse d'un « professionnel-profane ».

372. - **Un professionnel parfois profane ?** Il peut arriver qu'un consommateur apparaisse plus connaisseur qu'un simple professionnel, bien souvent petit. À titre illustratif,

¹¹⁶⁰ V. not. de manière non exhaustive : M. FONTAINE et J. GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996 ; Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris : Economica, Collection Etudes juridiques, 1998 ; F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. Évry-Val-d'Essonne, dir. D. HOUTCIEFF, 2015 ; C. BRIEND (C.), *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, th. Paris, 2015.

un collectionneur de voitures anciennes particulièrement expérimenté en la matière qui décide de faire réviser ses véhicules chez un petit garagiste non spécialisé pour ce type d'automobiles et pour les marques concernées, doit-il être considéré comme un consommateur classique ? Même si cela entre dans le cadre de ses loisirs, donc de ses besoins personnels, l'habitude de faire remettre en état de telles voitures pour sa collection ne le rend-il pas plus compétent qu'un simple consommateur, voire qu'un garagiste sans spécialité particulière ? À l'inverse, le garagiste doit-il être considéré, dans cette hypothèse, comme un véritable professionnel compte tenu de son déficit de savoir-faire ? Ne serait-il pas plutôt justifié de le qualifier de « professionnel-profane » ? En effet, dans le cas où un conflit résulterait de la révision et des éventuelles réparations réalisées par le garagiste, il semblerait légitime de se poser la question. Dans ce cas, la notion de profane peut paraître mieux adaptée que celle de consommateur ou de professionnel pour décrire la réalité de la situation. Néanmoins, le professionnel étant bien souvent considéré par définition comme un « non-profane », ce raisonnement atteint ses limites.

373. - **Transition.** Pour contourner la difficulté résultant d'une approche trop générale du professionnel partie faible, il a été décidé d'identifier des cas particuliers de professionnels en situation d'infériorité.

B. Le professionnel dépendant en particulier

374. - **Explications.** Le professionnel peut être dépendant pour diverses raisons. En droit des contrats, la notion de dépendance prend une place particulière¹¹⁶¹. Elle peut ainsi constituer un indice à l'application des réglementations comme en matière de pratiques restrictives où elle peut se définir au regard de l'autonomie des parties dans la relation compte tenu du poids de l'un des contractants dans le chiffre d'affaires de son partenaire¹¹⁶². Plus largement, elle explique l'existence de « contrats de dépendance » définis comme les contrats *« régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire, pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet*

¹¹⁶¹ F. de BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. VINEY, Bibliothèque de l'Institut André TUNC, T. 13, LGDJ, 2007.

¹¹⁶² V. par ex. : Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-10.731 et n° 08-10.732 ; *RDC*, n° 2, 2009, p. 649, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination »¹¹⁶³. Divers fondements ont alors été mis en place pour sanctionner l'abus de dépendance¹¹⁶⁴.

375. - **Plan.** Il convient ici d'évoquer la dépendance du « producteur-fournisseur » (1), et du distributeur (2).

1. La dépendance du « producteur-fournisseur »

376. - **Faiblesse établie.** Les « producteurs-fournisseurs », souvent des PME¹¹⁶⁵, doivent faire face à la puissance de négociation des distributeurs qui imposent généralement leurs conditions d'achat, plus facilement. Ils sont traditionnellement perçus comme étant des professionnels « partie faible » par excellence¹¹⁶⁶. La protection du « professionnel-fournisseur » est essentielle puisqu'elle peut aussi améliorer la situation du consommateur qui est susceptible de profiter de meilleures conditions de vente comme d'une baisse des prix et d'une hausse de la qualité des produits¹¹⁶⁷. Pour autant est-elle efficacement mise en place ? À la lumière de ce qui précède, il n'est pas certain que le « professionnel-fournisseur » bénéficie, dans tous les cas, d'une véritable protection à la hauteur de sa situation.

377. - **Illustration.** Le petit producteur doit pouvoir écouler ses stocks pour exister, et il est alors conduit à contracter parfois à des conditions peu ou moins intéressantes en fonction du marché, ce qui est de nature à le rendre vulnérable et à déséquilibrer le contrat. Il peut être amené à accepter des conditions qui ne sont pas celles qu'il aurait choisies si la conjoncture ou toute autre situation avaient été différentes¹¹⁶⁸. Ainsi, dans le secteur agricole, le producteur va subir les prix d'achat relativement bas imposés par la grande distribution¹¹⁶⁹.

¹¹⁶³ G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1986, p. 10.

¹¹⁶⁴ Pour une approche générale : G. RIPERT, R. ROBLOT et L. VOGEL, *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, Tome 1, 20^e éd., LGDJ, 2016, n° 847.

¹¹⁶⁵ Not. dans le cadre de la grande distribution.

¹¹⁶⁶ Dans sa thèse, Monsieur VIRASSAMY a ainsi évoqué « l'enchevêtrement grandissant » des relations contractuelles entre professionnels et notamment la position délicate du fabricant tenu de s'approvisionner pour réaliser ses produits et assurer le fonctionnement de son activité : G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, op. cit., p. 9.

¹¹⁶⁷ L. MORDEFROY, « La vulnérabilité du fournisseur », in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, F. ROUVIERE (dir.), Bruylant Bruxelles, 2010, p. 297 et s.

¹¹⁶⁸ Le pouvoir de négociation des agriculteurs est, par ex., très limité par rapport aux distributeurs.

¹¹⁶⁹ M.-L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE et S. TUROLLA, *Évaluation des effets de la loi de modernisation économique et des stratégies d'alliances à l'achat des distributeurs*, Rapport remis au ministre de l'Économie le 15 déc. 2016, p. 4 et s.

Ce phénomène est aujourd'hui accentué par le développement des marques de distributeur (MDD)¹¹⁷⁰. Ici, le besoin pour lequel le contrat est conclu semble tout autant vital que pour un consommateur, engendrant donc la même situation de désavantage.

2. La dépendance du distributeur

378. - **Évolution.** Ces dernières années, le paradigme faisant état de l'opposition entre le « petit fournisseur » et le « puissant distributeur » s'est atténué. L'augmentation du nombre de distributeurs de même que la sélection opérée par les fournisseurs dans différents domaines expliquent en grande partie cette évolution¹¹⁷¹. Tandis qu'auparavant les petits fournisseurs rencontraient de nombreuses difficultés pour accéder aux rayons des grands distributeurs, désormais ce sont ces derniers qui peinent parfois à attirer les fournisseurs. Dans le secteur alimentaire, par exemple, de grands groupes industriels disposent désormais d'une puissance de vente importante en comparaison à d'autres fournisseurs¹¹⁷². Il est maintenant admis que des distributeurs se trouvent de plus en plus dominés par leurs partenaires fournisseurs¹¹⁷³ qui disposent d'un véritable pouvoir de négociation¹¹⁷⁴

379. - **Illustration.** Afin d'assurer la commercialisation de leurs produits, les fournisseurs peuvent être amenés à organiser des réseaux verticaux¹¹⁷⁵. C'est notamment le cas des accords de franchise qui doivent permettre d'assurer la « réussite » de l'activité exercée¹¹⁷⁶. Dans ces conditions, un fournisseur fabricant et un distributeur vont, par exemple, pouvoir s'unir afin d'optimiser la commercialisation de produits. Le franchiseur va ainsi permettre à un franchisé d'exploiter sa marque, son nom commercial ou son savoir-faire en

¹¹⁷⁰ En ce sens, v. P. REIS, « L'accès au marché des fournisseurs face au développement des marques de distributeurs », CCC, 2014, étude 6.

¹¹⁷¹ Particulièrement dans le domaine des produits cosmétiques ou encore de la couture pour reprendre des exemples contemporains, mais également de plus en plus dans la grande distribution.

¹¹⁷² Il est possible d'évoquer ici les grandes marques telles que Coca-Cola, Nestlé, Adidas, Lactalis, etc.

¹¹⁷³ En ce sens, v. not. : M. LE BESCOND de COATPONT, *La dépendance des distributeurs*, préf. G. CHANTEPIÉ, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2016 ; B. GRIMONPREZ, « La vulnérabilité des distributeurs économiquement dépendants », in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, F. ROUVIERE (dir.), Bruylant Bruxelles, 2010, p. 318 et s.

¹¹⁷⁴ V. par ex. : CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; CCC, 2018, comm. 175, note N. MATHEY ; *AJ Contrat*, 2018, p. 385, obs. L.-M. AUGAGEUR ; *Concurrences*, n° 4-2018, p. 132, obs. F. BUY. La Cour d'appel précise que « certains fournisseurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable. Tous les fournisseurs ne sont pas de taille égale et n'ont pas une puissance de négociation équivalente. Par conséquent, tous ne peuvent pas être contraints de la même façon par les distributeurs ».

¹¹⁷⁵ Pour une approche détaillée : M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey, 4^e éd., 2018, n° 787.

¹¹⁷⁶ D. et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 8^e éd., 2017, n° 735.

contrepartie d'une compensation financière. La maîtrise du réseau par le franchiseur est importante lorsque celui-ci va pouvoir contrôler et sélectionner les franchisés¹¹⁷⁷. Dès lors, la puissance et le pouvoir de marché du fournisseur en cause peuvent lui permettre d'avoir un certain ascendant sur son partenaire.

C. Le petit professionnel en difficulté

380. - **Explications.** Si la prise en compte de la faiblesse des professionnels au regard de leur taille semble faire son chemin, notamment dans les relations de distribution, c'est encore plus évident lorsqu'il s'agit d'appréhender le petit professionnel en difficulté. La diversité du droit des faillites et des régimes de règlement des difficultés offre de nombreuses possibilités pour le petit professionnel de trouver une solution. Surtout, certaines procédures spécifiques ont été mises en place afin de répondre précisément à sa situation¹¹⁷⁸. Si l'objectif de l'étude n'est pas de reprendre l'ensemble des procédures tenant compte de la taille du professionnel, il est nécessaire de s'arrêter un instant sur les difficultés rencontrées par le petit professionnel. Tout particulièrement, le législateur a tenté d'adapter une procédure spéciale à la situation des petits opérateurs, celle-ci devant principalement retenir l'attention ici. Une nouvelle manifestation de l'intérêt porté au petit professionnel se présente donc par l'instauration de la procédure de rétablissement professionnel ce qui justifie de lui accorder une analyse spéciale.

381. - **Plan.** Une présentation générale de la procédure et de ses principaux caractères (1) va dégager la position du petit professionnel (2).

1. Le rétablissement professionnel, approche générale

382. - **Généralités et objectifs.** Mise en place par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014¹¹⁷⁹, la procédure de rétablissement professionnel tend à permettre au débiteur

¹¹⁷⁷ Cela peut, par ex., prendre la forme de clause d'exclusivité comme en matière de concession.

¹¹⁷⁸ V. en ce sens et de manière générale les procédures collectives dites « simplifiées » et notamment la liquidation judiciaire simplifiée pour laquelle les seuils ont été récemment modifiés : Décret n° 2019-1208 du 21 nov. 2019 portant diverses dispositions relatives à la liquidation judiciaire simplifiée.

¹¹⁷⁹ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n° 3, sur laquelle v. not. de manière non

d'éviter la lourdeur et les difficultés de la mise œuvre d'une procédure collective classique. En effet, elle s'adresse avant tout aux professionnels pour lesquels aucun dispositif de traitement des difficultés ne peut être mis en place. Aussi, la démarche tend à favoriser le rebond du débiteur en rendant la procédure moins coûteuse et plus rapide, ce qui amène également à alléger le travail des juges¹¹⁸⁰. Les conditions d'éligibilité à la procédure de rétablissement professionnel font l'objet d'un encadrement particulièrement strict¹¹⁸¹.

383. - **Conditions générales d'ouverture.** De manière relativement classique s'agissant d'une procédure intervenant au même stade que la liquidation judiciaire, pour prétendre à la procédure de rétablissement professionnel, le débiteur doit se trouver en cessation des paiements et dans l'impossibilité de bénéficier d'un plan de redressement¹¹⁸².

384. - **Conditions d'ouverture de la procédure tenant à la situation du débiteur.** Cette procédure ne s'adresse qu'à une catégorie précise de débiteurs qui se trouvent notamment dans une situation d'extrême fragilité. Elle est ainsi ouverte uniquement aux personnes physiques et ne peut donc bénéficier au professionnel personne morale, ou encore au professionnel exploitant son activité sous le statut de l'EIRL¹¹⁸³. En outre, le débiteur concerné ne doit pas avoir cessé son activité depuis plus d'un an¹¹⁸⁴, ni avoir employé de salariés au cours des six derniers mois ou subir une instance prud'homale¹¹⁸⁵, et son actif déclaré doit être inférieur à 5 000,00 €¹¹⁸⁶. Par ailleurs, le débiteur concerné ne doit pas avoir

exhaustive : Fr.-X. LUCAS, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, n° 2, mars 2014, p. 111 ; P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté. Dispositions générales », *D.*, 2014, p. 733.

¹¹⁸⁰ Sous couvert de faciliter la fin d'activité des professionnels, il ne faut pas non plus négliger la volonté d'améliorer les statistiques de la France dans le traitement des difficultés. V. not., C. BERGER-TARARE, « De la concurrence entre la liquidation judiciaire et le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.*, n° 3, mai 2014, étude 12, spéc. n° 3.

¹¹⁸¹ C. com., art. L. 645-1.

¹¹⁸² Ces conditions ont fait l'objet d'une insertion récente du législateur par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n° 0269 du 19 nov. 2016, texte n° 1, sur laquelle : B. SAINTOURENS, « Précisions législatives quant aux conditions requises pour l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.*, n° 2, mars 2017, comm. 19.

¹¹⁸³ Cette restriction est à l'évidence de nature à exclure une grande partie des petits professionnels en situation de difficulté.

¹¹⁸⁴ Ce qui permet ainsi aux débiteurs ayant cessé leur activité depuis peu de pouvoir néanmoins prétendre à la procédure.

¹¹⁸⁵ L'objectif de cette procédure étant de concerner les débiteurs sur lesquels ne repose aucun arriéré de créance salariale.

¹¹⁸⁶ Décr. n° 2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0150 du 1^{er} juill. 2014, p. 10834, texte n° 9, art. 111 codifié à l'art. R. 645-1 du C. com.

fait l'objet d'une précédente procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou de rétablissement professionnel au cours des cinq dernières années¹¹⁸⁷.

385. - **Conditions d'ouverture de la procédure tenant au comportement du débiteur.** Cette procédure s'adresse aux débiteurs faisant preuve de bonne foi, étant précisé que celle-ci est présumée. Aussi, lorsqu'à l'inverse le débiteur n'apparaît pas de bonne foi, il est susceptible de faire l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire et être exclu du bénéfice du rétablissement professionnel¹¹⁸⁸. Si cette exigence est de nature à entraîner certaines difficultés d'appréciation, la notion de bonne foi étant rarement appréhendée en matière de procédure collective, elle apporte un regain d'intérêt au regard de l'efficacité de la procédure puisque pour être rapide, elle doit concerner des débiteurs méritants¹¹⁸⁹.

386. - **Double conséquence : accès limité à la procédure et simplification.** Alors que la procédure de rétablissement professionnel permet à l'évidence de répondre à un certain pragmatisme en permettant d'accélérer le traitement des procédures « boulets »¹¹⁹⁰, elle demeure toutefois réservée à une catégorie spécifique de petits débiteurs : il est possible de comprendre la démarche par la « mise à l'abri » de débiteurs particuliers¹¹⁹¹. La méconnaissance de cette procédure et la réticence à laquelle elle fait face semblent expliquer son peu d'utilisation en pratique malgré le nombre de débiteurs qui pourraient pourtant en bénéficier¹¹⁹².

À l'évidence, si la procédure de rétablissement professionnel présente des conditions d'accès strictes, elle permet néanmoins d'alléger les règles de procédure et le régime applicable. En ce sens, elle présente de nombreux avantages pour répondre à la situation particulière des petits professionnels et son utilisation doit pouvoir se développer¹¹⁹³. Les

¹¹⁸⁷ C. com., art. L. 645-2.

¹¹⁸⁸ C. com., art. L. 645-9.

¹¹⁸⁹ Fr.-X. LUCAS, art. préc.

¹¹⁹⁰ P.-M. LE CORRE, art. préc., spéc. n° 39.

¹¹⁹¹ Il semble en effet légitime de donner la priorité aux professionnels qui, par leur activité, ont été amenés à exposer leur patrimoine, notamment personnel, et qui ne se sont pas suffisamment mis à l'abri vis-à-vis de leurs créanciers, ce qui n'est pas nécessairement le cas du professionnel « personne morale » ou encore de l'EIRL.

¹¹⁹² V. en ce sens : *Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP), Groupe de travail « Défaillance d'entreprises »*, 26 mars 2018. Il est relevé que « la procédure de rétablissement professionnel est peu utilisée en pratique » et paraît même « méconnue des juges consulaires » (spéc. p. 2 du rapport). Cela est compréhensible en raison de la « méconnaissance du dispositif par les débiteurs et par les professionnels qui les accompagnent » (spéc. p. 3 du rapport).

¹¹⁹³ Par ex., une meilleure information et un effort dans la formation des professionnels du droit et des praticiens devraient contribuer à son expansion. C'est d'ailleurs ce que préconise le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris dans son rapport du 26 mars 2018 afin de « sensibiliser davantage les professionnels et les

ouvertures proposées par la loi « PACTE » du 22 mai 2019 sont en ce sens propices à l'évolution de cette procédure, le nombre de rétablissements professionnels devant augmenter avec le nouveau rôle accordé au juge.

387. - **Avantages.** Tout d'abord, il s'agit d'une procédure rapide. En application des dispositions de l'article L. 645-4, alinéa 4 du Code de commerce, la procédure de rétablissement professionnel ne peut durer au maximum que quatre mois. Cette période va alors permettre d'apprécier l'éligibilité du débiteur à la procédure et l'appréhension de son actif. Ensuite, cette procédure présente l'intérêt d'être non collective. Contrairement aux procédures collectives « classiques », la procédure de rétablissement professionnel n'emporte pas arrêt des poursuites individuelles à l'encontre du débiteur. En revanche, le juge-commissaire peut être amené à reporter le paiement des sommes éventuellement dues pendant la durée de la procédure¹¹⁹⁴. Surtout, le rétablissement professionnel est une alternative à la liquidation judiciaire. Lorsque le débiteur procède à la saisie du Tribunal aux fins d'ouverture d'une liquidation judiciaire, il peut, sous réserves de remplir les conditions d'éligibilité, demander à bénéficier de la procédure de rétablissement professionnel dont la mise en œuvre relève ainsi de la volonté du débiteur¹¹⁹⁵. Bien plus, la loi du 22 mai 2019 dite « loi PACTE » contraint le tribunal saisi, sauf pour les procédures en cours au 23 mai 2019, à apprécier l'opportunité de recourir à la procédure de rétablissement professionnel, étant précisé que l'accord du débiteur demeure nécessaire le cas échéant pour son ouverture¹¹⁹⁶. En revanche, si à l'issue de l'enquête il s'avère que celui-ci est non éligible à la procédure, elle bascule vers une liquidation judiciaire.

Le régime adapté de la procédure de rétablissement professionnel en fait incontestablement une procédure révélatrice et surtout protectrice des petits professionnels.

2. Mise en évidence de la protection du petit professionnel

388. - **L'effacement des dettes du débiteur et le « droit au rebond ».** Sur le modèle de la procédure de rétablissement personnel relative au surendettement des particuliers, la

débiteurs » : Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP), Groupe de travail « Défaillance d'entreprises », préc., spéc. p. 3.

¹¹⁹⁴ C. com., art. L. 645-6.

¹¹⁹⁵ De manière logique, celui-ci ne doit donc pas avoir fait l'objet d'une liquidation judiciaire.

¹¹⁹⁶ L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, art. 57.

clôture de la procédure de rétablissement professionnel emporte pour le débiteur un « *bénéfice majeur* »¹¹⁹⁷ puisque l'ensemble de ses dettes auprès des créanciers « connus » seront effacées. À cet égard, il est important de faire la nuance avec la position de non-reprise des poursuites résultant de la fin de la procédure de liquidation judiciaire¹¹⁹⁸. En outre, l'éventualité de prononcer des sanctions professionnelles, le dessaisissement du débiteur et l'interdiction qui peut lui être faite d'exercer une activité en cours de procédure, comme c'est le cas en matière de liquidation judiciaire, sont autant de mécanismes auxquels le débiteur peut échapper en recourant à la procédure de rétablissement professionnel.

389. - **Constat : une procédure adaptée au petit professionnel ?** Au regard de ce qui précède, il n'est pas contestable que la procédure de rétablissement professionnel est particulièrement adaptée à la situation du petit professionnel. Deux raisons principales expliquent cet intérêt. D'une part, l'examen des critères d'application de cette mesure est devenu un préalable obligatoire depuis les récentes réformes, ce qui facilite son accès pour les petits acteurs. D'autre part, même si cette procédure demeure relativement méconnue, elle s'adresse exclusivement aux débiteurs qui disposent de peu d'actifs.

390. - **Synthèse.** Le professionnel n'est pas toujours la personne en situation de force attendue. Parfois, il se trouve dans des positions similaires à celle des autres contractants faibles. Son appréhension n'est toutefois pas toujours simple et il manque un cadre permettant de procéder à un rapprochement de ces situations afin d'envisager une certaine uniformisation de la réponse à apporter. Il résulte de l'analyse que c'est bien souvent sa taille qui entraîne le professionnel dans une situation difficile et c'est pourquoi le droit se doit de répondre de manière adaptée en prenant également en compte cette taille, ce qu'il tente d'ailleurs de faire de temps à autres.

391. - **Transition.** Au regard de ces nombreuses manifestations du petit professionnel dans le paysage juridique, il n'est pas possible de demeurer indifférent. Désormais, il est nécessaire de rompre avec la notion trop générale de professionnel.

¹¹⁹⁷ F. REILLE, « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.*, n° 2, mars 2014, dossier 22, spéc. n° 16.

¹¹⁹⁸ F. REILLE, *ibid.*

II. La rupture avec la notion générale de professionnel

392. - **Démarche et explication.** A la fin du XX^e siècle, le Professeur CHAZAL insistait sur le fait qu'il serait « *souhaitable de parvenir à une définition exacte et rigoureuse du consommateur, sans toutefois délaissier la protection des autres économiquement faibles* »¹¹⁹⁹. Si le premier vœu a été visiblement exhaussé¹²⁰⁰, sous toute vraisemblance, le second n'a pas été appréhendé à la hauteur des espérances de l'auteur. Il est cependant important de ne pas l'oublier. Aussi, pour atteindre cet objectif, il convient de revisiter en partie la catégorie générale de professionnel afin de tenir compte des éléments la composant et notamment de leur différence de taille. C'est seulement à partir de cette démarche qu'une définition du petit professionnel pourra être amorcée car il est aujourd'hui nécessaire de tenir compte précisément de cet acteur économique spécifique et de déterminer son rôle.

393. - **Plan.** Comprendre en quoi la rupture d'avec la notion générale de professionnel est nécessaire (A) va démontrer qu'elle s'avère aujourd'hui amorcée (B).

A. Une rupture nécessaire

394. - **Nouveau rapprochement entre le consommateur et le petit professionnel.** Le parallèle entre le consommateur et le petit professionnel est évident et se justifie. Une double logique ressort de leur rapprochement : d'une part, en matière de consommation la protection du consommateur permet d'assurer sa « survie » contractuelle et aussi l'économie de la société de consommation ; d'autre part, protéger le petit professionnel conduit sur un plan individuel à assurer sa survie et d'un point de vue plus général à garantir l'essor du marché. Une forme « d'utilité publique » est perceptible en tout cela. Aussi, il est possible de s'interroger sur la finalité dominante dans la prise en compte à la fois du consommateur et du petit professionnel. À cet égard, le parallèle existant entre les différents ordres publics est révélateur.

395. - **Ordre public de protection et ordre public de direction : le double enjeu du droit européen.** Il est indéniable que le droit s'appuie sur une approche planifiée en

¹¹⁹⁹ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.*, 1997, chron., p. 260, spéc., n° 31.

¹²⁰⁰ V. *supra* n° 58.

établissant des règles strictes et en faisant « *peser son ordre public sur les contrats privés* »¹²⁰¹. Classiquement l'ordre public de protection a vocation à concerner une partie, un acteur économique spécifique, à un intérêt particulier¹²⁰², tandis que l'ordre public de direction a pour objectif de s'intéresser à un ensemble, à l'intérêt général¹²⁰³. C'est pourquoi, l'apport du droit européen est essentiel dès lors que l'ordre public européen relève de l'ordre public de protection ainsi que de l'ordre public de direction¹²⁰⁴. Aussi, le Professeur GHESTIN a procédé à un parallèle entre, d'une part, ce qui relève de l'utile, c'est-à-dire de l'intérêt général et donc de l'ordre public de direction et, d'autre part, ce qui relève du juste, autrement dit de l'intérêt individuel et donc de l'ordre public de protection¹²⁰⁵. Cette distinction rejaillit alors sur la sanction applicable : la prise en compte de l'utile entraîne la nullité absolue, et la prise en considération du juste conduit à une nullité relative. Cette adaptation de la sanction au but de la règle apparaît justifiée puisqu'il suffit de donner la possibilité d'agir aux personnes à protéger.

Plus particulièrement, dans l'hypothèse des petits professionnels, il s'agit de tenir compte de leur situation individuelle spécifique pour justifier le détachement de la notion au regard de celle très large de professionnel, ce afin de passer d'une protection générale à une protection individualisée plus adaptée.

396. - **Plan.** En conséquence, la fonction économique du petit professionnel (1) et la défense de l'ordre public social (2) apparaissent comme autant d'éléments justifiant la rupture amorcée et le détachement de la notion de petit professionnel.

1. La fonction économique du petit professionnel

397. - **Objectif.** Depuis longtemps, la Commission a estimé que le contrat, en tant que support des échanges économiques, doit permettre la promotion du marché unique. En effet, il constitue le support des relations entre les opérateurs économiques agissant sur le

¹²⁰¹ R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.*, 1965, chron., p. 37, spéc., p. 39.

¹²⁰² En ce sens, le droit contractuel de la consommation relève de l'ordre public de protection dès lors qu'il tend à participer à la protection du consommateur en lui-même.

¹²⁰³ En ce sens, le droit non contractuel de la consommation qui englobe la prise en compte de l'ensemble des consommateurs de manière générale sans distinction spéciale.

¹²⁰⁴ V. not. : E. POILLOT, « Panorama de Droit de la consommation », *D.*, 2009, p. 393.

¹²⁰⁵ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. I, p. 1 et s.

marché¹²⁰⁶. L'efficacité du droit des contrats dépend donc de la prise en compte des besoins des agents économiques, et inversement. C'est pourquoi, les instances européennes ont mis en place un mouvement important en faveur de l'encadrement des relations contractuelles. De fait, « *la Commission veut que les citoyens profitent pleinement du marché intérieur* »¹²⁰⁷. Il convient d'approuver un tel objectif. Pour le remplir et parvenir à une harmonisation au niveau européen, certains obstacles doivent être surmontés. L'idée est d'assurer une totale liberté des opérateurs économiques afin de favoriser le développement du marché. L'objectif ainsi défendu est de permettre à chaque acteur économique de pouvoir développer son activité par le biais du marché. La liberté économique que tous les opérateurs doivent pouvoir mettre en œuvre sur le marché est primordiale pour assurer le bon fonctionnement de celui-ci. La construction européenne s'est ainsi adaptée à la mondialisation de l'économie en créant un véritable marché intérieur commun entre les États membres. Ce phénomène a permis de développer et d'encourager le bon fonctionnement et la bonne réalisation du marché¹²⁰⁸.

398. - **Libéralisme et interventionnisme.** La théorie économique libérale prônée notamment par Adam SMITH dès le XVIII^e siècle vise à l'optimisation des ressources et à l'équilibre des prix par rapport aux coûts de production. Pour que cela se concrétise, tous les acteurs du marché doivent avoir la possibilité d'agir de la même manière et dans les mêmes conditions que leurs concurrents. Mais, dès lors qu'un professionnel se trouve en situation d'infériorité par rapport à un autre professionnel plus puissant, la concurrence n'est pas parfaite¹²⁰⁹, et le marché ne peut pas se réaliser de manière équitable. Cette réalité suppose donc une égalité des positions de chacun des intervenants sur le marché, c'est-à-dire une égalité au niveau de l'information dont ils disposent, une égalité économique, l'absence de monopole, une transparence du marché, un libre accès, etc. Néanmoins, une telle hypothèse n'implique-t-elle pas l'absence de restrictions, ou encore de manière plus grave l'absence d'activité concurrentielle ? Tout cela n'est pas simple à réaliser et une régulation doit être mise en place, pour laquelle certains outils se révèlent indispensables.

¹²⁰⁶ À cet égard, le droit des contrats est une matrice de protection des contractants sur le marché au même titre que l'est le droit de la concurrence. C'est principalement par le contrat et par la réglementation étatique qu'une sécurité et un encadrement vont s'opérer entre les opérateurs économiques.

¹²⁰⁷ Livre Vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM(2010) 348 final, 1^{er} juill. 2010, p. 2.

¹²⁰⁸ Engendrant ainsi une « *communautarisation* », c'est-à-dire aujourd'hui une « *européanisation* », des libertés selon l'expression empruntée à Monsieur CAVALLINI : J. CAVALLINI, « Liberté du commerce et de l'industrie et libertés de circulation en Europe », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire, op. cit.*, spéc. n° 21, p. 668.

¹²⁰⁹ V. not., L. WALRAS, *Les éléments d'économie politique pure*, 1874.

399. - **Plan.** Prendre en compte la fonction économique du petit professionnel nécessite donc de revenir sur l'articulation entre liberté et protection (a) et d'observer les modalités d'encadrement propres à assurer sa sécurité (b).

a) Entre liberté et protection du petit professionnel

400. - **Intérêt.** Les États-Unis ont été les premiers à véritablement s'intéresser aux « small businesses », c'est-à-dire aux petites firmes ou petites entreprises. C'est ainsi que dès les années 1920, des auteurs se sont interrogés au travers de publications, notamment sur le rapport pouvant exister entre la taille d'une entreprise, sa dimension, et son efficacité économique¹²¹⁰.

401. - **Approche progressive.** La fonction économique du petit professionnel n'a pas été appréhendée sans difficultés. Par exemple, cet agent peut appartenir à la branche des PME qui n'ont pas toujours eu la bonne image retenue aujourd'hui pour sa reconnaissance et la promotion de son essor¹²¹¹. De ce fait, le petit professionnel s'en trouve lésé.

402. - **Droit et économie : d'une interaction à une connexion.** Incontestablement, le droit est lié au phénomène économique. Les évolutions de la société et des normes juridiques sont conditionnées aux mouvements sociaux et économiques. Le Doyen JOSSERAND a ainsi affirmé : « *C'est une vérité d'évidence que, dans toute communauté sociale, la vie du droit est largement conditionnée par la vie économique ; vérité de tous les temps et de tous les pays, mais qui s'affirme de nos jours avec une particulière insistance : de plus en plus, l'économie bouscule le juridique, lui impose sa loi, le façonne à son image* »¹²¹².

¹²¹⁰ M. RAINELLI « L'analyse économique et les P.M.E. », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 11, où l'auteur affirme que « Sans conteste, les États-Unis sont le pays d'origine des travaux les plus anciens et les plus nombreux ».

¹²¹¹ B. CUBERTAFOND, « Les P.M.E., leurs images et le droit », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, spéc. p. 104 et s.

¹²¹² L. JOSSERAND, « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Mélanges H. CAPITANT ou Etude de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, 1939, n° 1, p. 369.

Il a également mis en avant les « *nécessités économiques* » prises en compte dans l'intervention du juge faisant ainsi « *passer la règle économique dans la règle juridique* »¹²¹³.

403. - **Définition.** Ainsi, cette approche économique du droit résulte en partie du constat que « *le droit a importé des notions économiques* »¹²¹⁴ dans son champ d'appréciation. Précisément, il apparaît que « *la plus éclatante de ces réceptions est celle de la notion même de marché* »¹²¹⁵ qui est défini comme un « *lieu d'échanges commerciaux* »¹²¹⁶. Celui-ci a pour but de favoriser l'essor des activités économiques. Au niveau européen, il doit s'entendre comme l'espace comprenant l'ensemble des États membres où les échanges de marchandises, de services ou de capitaux se réalisent¹²¹⁷. Pour ce faire, un postulat de liberté a été instauré dans le but d'assurer le bon développement de l'économie dite libérale. Néanmoins, si le marché tend à laisser une marge de manœuvre conséquente aux opérateurs économiques, il est important de préciser que le droit est intervenu pour encadrer ces activités. D'autant plus que les entreprises même de petites tailles ont, depuis quelques années, commencé à développer leurs relations transfrontalières et internationales¹²¹⁸. Le marché constitue en effet un élément à prendre tout particulièrement en compte tant il s'agit d'un vecteur d'appréciation de l'efficacité, de l'application et de l'influence de la liberté contractuelle sur la pratique contractuelle elle-même.

404. - **Concrétisation : l'analyse économique du droit.** La matière économique prise en compte pour établir le droit et apprécier son application, voire son efficacité, voilà l'objectif annoncé de l'analyse économique du droit. Petit à petit celle-ci oriente la construction de ce but et la mise en œuvre de la politique juridique comme, par exemple, au travers de l'approche privilégiée de l'ordre public¹²¹⁹. Le fait économique a donc peu à peu

¹²¹³ L. JOSSERAND, « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », préc., spéc. n° 3, p. 371.

¹²¹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'état, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence », *LPA*, 19 mai 1995, n° 59, p. 4, spéc. n° 32. Pour une analyse approfondie de ce phénomène, v. égal., M.-A. FRISON-ROCHE et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, PUF, 2005.

¹²¹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *ibid.*

¹²¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, v° « Marché », p. 638.

¹²¹⁷ N. DE GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, LGDJ, coll. Systèmes, 4^e éd., 2014.

¹²¹⁸ A. OUTIN-ADAM et A.-M. REITA-TRAN, « Regards des PME sur l'interdépendance du droit des contrats et du droit du marché : quelques observations », art. préc. *Adde*, *Nos petites entreprises au seuil du XXI^e siècle – Quelles nouvelles réponses juridiques aux défis socio-économiques ?*, Cl. CHAMPAUD (dir.), CREDA, *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2003, n° 340, p. 4 et s.

¹²¹⁹ R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.* 1965, chron., p. 37 : « *alors que le droit recherchait jusqu'ici directement, en des concepts philosophiques et moraux, le donné sur lequel il fondait sa construction de l'ordre public, il accepte aujourd'hui d'une technique sociale autonome. Et, pour limiter la liberté de*

pris une place importante dans l'analyse juridique¹²²⁰, en exerçant d'ailleurs une influence avérée, notamment sur le rôle du juge¹²²¹. De ce phénomène est née la nécessité de procéder à une forme d'analyse économique du droit vis-à-vis de laquelle la matière contractuelle ne demeure pas indifférente¹²²². L'opportunité de certains rapprochements a pu être mise en avant surtout lorsqu'il s'agit de tenir compte du comportement d'une partie au contrat¹²²³.

405. - **L'analyse économique des TPE-PME.** De manière plus précise, le temps de s'intéresser également à l'analyse économique des TPE-PME est venu. D'abord considérées comme une simple étape d'un processus plus large d'accroissement, de progression, elles sont devenues permanentes, c'est-à-dire qu'elles sont demeurées des petites ou moyennes entreprises et n'ont pas toutes pris l'essor attendu. De ce fait, elles constituent une véritable catégorie¹²²⁴. Aussi, les risques et les conséquences économiques résultant de certaines pratiques ne sont pas non plus les mêmes pour l'ensemble des professionnels dès lors que les petits professionnels n'ont pas systématiquement assez de moyens pour faire face aux difficultés engendrées¹²²⁵. Cela a d'ailleurs un impact évident sur la pérennité de ces petits

l'homme, il se fait le serviteur d'une politique économique, appréciée lointainement en raison du bien qu'elle poursuit pour les hommes, mais immédiatement, en fonction de son efficacité ».

¹²²⁰ V. not., G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, Coll. Thémis, 1971.

¹²²¹ B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées de Paris et Montpellier du 3 au 6 juin 1970, T. XXII, Dalloz, 1975, p. 185 et s. L'auteur indique en particulier que « le donné économique fait désormais partie du paysage familier du juriste ».

¹²²² Le Doyen MESTRE a ainsi pu évoquer « l'élaboration progressive d'une sorte de droit civil économique » dans le cadre de la lutte contre certaines clauses contractuelles en matière d'ententes, d'abus de position dominante ou encore d'exploitation abusive de l'état de dépendance économique du partenaire ne disposant pas de solution équivalente : J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249 et s., spéc. p. 257.

¹²²³ M. MALAURIE-VIGNAL, « Comment sanctionner le comportement opportuniste d'un contractant ? – Une rencontre opportune entre analyse économique et analyse juridique », *CCC*, n° 1, janv. 2019, repère 1.

¹²²⁴ M. RAINELLI, « L'analyse économique et les P.M.E. », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, spéc. p. 23 et s.

¹²²⁵ À cet égard, il est intéressant de faire un parallèle avec le droit social et d'évoquer le contentieux portant notamment sur l'application de l'article L. 3132-29 du Code du travail. Ce dernier offre la possibilité pour le Préfet de prendre un arrêté de fermeture des établissements exerçant une même profession et qui sont situés dans une zone géographique déterminée, ce pendant toute la durée du repos hebdomadaire. Cette disposition, qui a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité au regard du principe de la liberté d'entreprendre, tend pour le Conseil constitutionnel à « assurer l'égalité entre les établissements d'une même profession, quelle que soit leur taille, au regard du repos hebdomadaire », ce qui la rend conforme à la Constitution : Décision du Cons., const., n° 2010-89, QPC du 21 janv. 2011, Société Chaud Colatine, *JORF* du 22 janv. 2011, p. 1387. Cette réglementation permet donc d'assurer la protection des petits professionnels dont le nombre de salariés ne leur permet pas d'être ouverts de manière continue durant toute la semaine, et ainsi de lutter contre l'éventuelle distorsion de concurrence pouvant en résulter. En ce sens, le législateur reconnaît expressément que les conséquences économiques découlant de la mise en œuvre du repos hebdomadaire ne sont pas les mêmes pour tous de sorte que certains sont susceptibles de subir les effets néfastes d'une ouverture durant sept jours consécutifs. Le contentieux résultant des arrêtés préfectoraux prévoyant une obligation de fermeture de certains

acteurs. En dépit d'un nombre de créations d'entreprises en hausse ces dernières années quelle que soit leur taille ¹²²⁶, l'évolution des défaillances augmente, notamment pour les TPE¹²²⁷.

406. - **Le rôle économique des petits acteurs.** Il convient ici de mettre en évidence l'impact économique des TPE-PME ¹²²⁸ qui constituent indéniablement « *un vecteur de l'innovation [...], seule unité susceptible de créer des emplois* »¹²²⁹. C'est d'ailleurs pour cela que dans ses propos conclusifs, Monsieur RAINELLI privilégie la prise en compte du rôle économique des entreprises plutôt que leur dimension ¹²³⁰, bien que celui-ci soit particulièrement délicat et difficile à saisir. Conduire une analyse économique afin de faire apparaître la place occupée par les petits professionnels sur le marché est ici motivé et fondé sur les chiffres présentés par les études menées sur le sujet¹²³¹. Le petit professionnel est considéré comme un acteur économique essentiel, tant au niveau national, qu'eupéen¹²³².

407. - **Place centrale au niveau national.** Dans le cadre du marché français, les petits professionnels sont considérés comme des moteurs clés de l'économie. À titre d'illustration, en 2011, 99,8% des entreprises étaient des PME englobant 48,7% des emplois salariés¹²³³. Lors d'une réponse de la Chambre de Commerce et d'Industrie France à une

commerces exerçant une même profession a connu un véritable essor, particulièrement dans le cadre des activités de boulangerie-pâtisserie, v. par ex. les nombreuses ordonnances rendues récemment en référés dans plusieurs régions de France : TGI de CAEN, ord. du 10 janv. 2019, n° RG 18/00499 ; TGI de CLERMONT-FERRAND, ord. du 15 mars 2019, n° RG 18/01011 à 18/01043.

¹²²⁶ Comme en témoignent les tableaux de l'économie française élaborés par l'INSEE et parus le 27 févr. 2020, disponibles à l'adresse suivante : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277829?sommaire=4318291>.

¹²²⁷ Le nombre de défaillances a ainsi augmenté de 2,5% pour les TPE en 2018, chiffres disponibles à l'adresse suivante : <https://www.banque-france.fr/statistiques/defaillances-dentreprises-jan-2019>.

¹²²⁸ A ZENNER, « Les P.M.E. dans leurs relations avec les grandes firmes », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, spéc. p. 181. L'auteur reprend les propos de M. VEROUGSTRAETE qui affirme que : « *le renouveau du droit de la concurrence a abouti, dans un nombre de cas limité, à une nouvelle protection des petites entreprises qui peuvent justifier que dans un contexte de concurrence réellement libre elles peuvent être utiles à l'augmentation de l'offre et de services et de produit de qualité* ». C'est ainsi que la promotion des petites entreprises et donc de surcroît du petit professionnel a une vocation de régulation du marché, puisque la présence de celui-ci sur le marché s'avère essentielle.

¹²²⁹ M. RAINELLI, « L'analyse économique et les P.M.E. », préc., p. 12. Il est également mis en évidence l'adaptabilité et la souplesse des PME qui permettent de lutter plus efficacement contre les crises économiques et industrielles de la société.

¹²³⁰ M. RAINELLI, « L'analyse économique et les P.M.E. », préc. Sur cette base, l'auteur envisage même l'instauration d'un « *droit de la dépendance économique* » susceptible d'adapter le droit de la concurrence à la situation des PME, spéc. p. 370.

¹²³¹ Not. par les Chambres de commerce et d'industrie et l'INSEE : v. *infra* n° 407.

¹²³² En ce sens, il est intéressant de relever que leur nombre et leur diversité sont facteurs de choix pour le consommateur, mais aussi pour l'ouverture du marché du travail.

¹²³³ Chiffres disponibles à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>.

consultation de la Commission européenne datant de 2014¹²³⁴, il a été relevé que l'économie française était constituée de 99% de PME, qui représentent 59% de la valeur ajoutée¹²³⁵ et 63% de l'emploi. Bien entendu, il convient de préciser ces chiffres au regard de la situation du petit professionnel, puisque toutes les PME ne sont pas susceptibles d'être considérées comme des petits professionnels. Cette catégorie d'entreprise est particulièrement diversifiée. Parfois, l'expression « PME » inclut aussi les TPE, sans le préciser. Or, cette distinction est très importante. Il est possible d'en préciser les chiffres au regard des données parues sur le site Internet de l'INSEE le 27 février 2020 relatives à l'année 2017. Les micro-entreprises forment 96% des entreprises de l'économie nationale¹²³⁶, tandis que les PME en constituent 3,83% ; et que les TPE-PME réunies représentent près de 50% des effectifs salariés en équivalence de plein temps¹²³⁷. De fait, « *ayant pris acte de l'importance économique des petites entreprises et du potentiel d'emplois qu'elles représentent, les pouvoirs publics affichent aujourd'hui une volonté sans précédent de simplifier et d'adapter aux structures de dimensions modestes les réglementations conçues pour l'essentiel en considération des grandes entreprises* »¹²³⁸. Des mesures en faveur des PME sont envisagées et il faudra alors les apprécier. La prise en compte, d'un point de vue national, de la valeur des petits professionnels est lancée.

408. - **Rôle factuel fondamental au niveau européen.** « *Les petites entreprises sont l'épine dorsale de l'économie européenne* »¹²³⁹, ou encore « *la pierre angulaire de l'économie européenne* »¹²⁴⁰. Dans l'Union européenne, ces acteurs économiques représentent 99% de l'ensemble des opérateurs économiques agissant sur le marché et constituent la majorité des emplois¹²⁴¹ : « *neuf entreprises sur 10 sont des PME, et les PME créent deux*

¹²³⁴ V. à cet égard les chiffres présentés en annexe (spéc. p. 11) disponibles à l'adresse suivante : http://www.cci.fr/c/document_library/get_file?uuid=c9d1776f-42d6-4567-ae43-2cdfd29ef67f&groupId=11018.

¹²³⁵ C'est-à-dire de la richesse générée.

¹²³⁶ Soit 96,16% des TPE-PME réunies.

¹²³⁷ Chiffres disponibles à l'adresse suivante : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277836?sommaire=4318291>.

¹²³⁸ L. CASAUX-LABRUNEE, « L'activité artisanale entre traditions et innovations », *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 183, spéc. n° 9, p. 187.

¹²³⁹ Charte européenne des petites entreprises, du 13 juin 2000, Annexe III des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Santa Maria de Feira, des 19 et 20 juin 2000.

¹²⁴⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Le rôle capital des petites et moyennes entreprises dans la stimulation de la croissance et de l'emploi. Une révision à mi-parcours de la politique moderne des PME », COM(2007) 592 final, du 4 oct. 2007, « Introduction ».

¹²⁴¹ Il s'agit des chiffres annoncés sur le site de la Commission européenne et disponibles à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/growth/smes/>. Également, ils sont visibles à l'adresse suivante avec une base de données interactives, où il est possible de relever le pourcentage de PME dans chaque pays de l'Union européenne et le pourcentage des emplois qu'elles génèrent, le tout présenté avec la moyenne au niveau européen :

emplois sur trois »¹²⁴². Entre 2002 et 2010, une étude menée par la Commission européenne a démontré que 85% des emplois créés étaient le fruit des PME¹²⁴³. Ainsi, l'analyse économique de la place des PME sur le marché européen appelle à un constat sans discussion : il s'agit d'un opérateur économique incontournable. Pour autant, celui-ci ne dispose pas toujours du cadre idéal pour réaliser son activité et donc prétendre à son expansion économique¹²⁴⁴.

409. - **Un besoin de développement, de dynamisme et de reconnaissance juridique.** Le résultat de l'analyse économique est indiscutable : les TPE-PME constituent l'un des rouages essentiels du marché. Considérées comme l'élément déterminant du marché européen et de l'économie européenne, les TPE-PME doivent pouvoir se développer et trouver les solutions pour assurer leur croissance. Pour ce faire, des éléments doivent être apportés et précisés. Effectivement, si leur poids économique semble déterminant, la concrétisation de celui-ci en terme de croissance n'est pas proportionnelle. Autrement dit, les chiffres démontrent que les grandes entreprises profitent plus facilement des avantages offerts par le marché européen¹²⁴⁵. Or, les TPE-PME doivent pouvoir étendre leur activité, spécialement dans un cadre transfrontalier. Seulement, leur structure, leur taille ou encore leurs caractéristiques ne leur permettent pas toujours une telle ouverture. En effet, outre un poids économique d'ensemble flagrant et à retenir, de nombreuses TPE-PME présentent des besoins évidents au travers de l'identification de leurs faiblesses.

http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/performance-review/index_en.htm (site rédigé en anglais).

¹²⁴² *Guide de l'utilisateur pour la définition des PME*, du 24 févr. 2016, Commission européenne, Ares(2016) 956541, « Introduction », p. 3.

¹²⁴³ Étude conduite par la Commission européenne et dont les résultats sont disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/performance-review/pdf/do-smes-create-more-and-better-jobs_en.pdf. (site en anglais).

¹²⁴⁴ V. la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, COM(2001) 398 final, du 11 juill. 2001, point 30, la Commission déclare à propos du manque d'harmonisation du droit des contrats au niveau européen : « *pour les consommateurs et les PME en particulier, le fait de ne pas connaître les autres régimes des droits des contrats risque de les dissuader d'entreprendre des transactions transfrontalières* ». Ce qui est certain, c'est que les TPE-PME sont les entreprises qui souffrent le plus de l'expansion du marché, car elles sont les moins armées pour y faire face. Toutefois, si la protection du petit professionnel passe nécessairement par une intervention du législateur, elle ne doit pas être détournée par un objectif plus général d'uniformisation du droit des contrats au niveau européen, sur laquelle : v. *infra* n° 468.

¹²⁴⁵ Pour une illustration, v. le rapport de l'Observatoire des PME européennes, 2003, n° 4, « L'internationalisation des PME », et aussi l'étude réalisée par UPS, « Étude 2015 sur les exportations européennes », démontre que pour les sept pays étudiés (Belgique, France, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni), le pourcentage d'exportations des PME ne dépasse jamais 20% (le taux le plus élevé étant celui des petites et moyennes entreprises allemandes qui est de 18%), spéc. p. 5, qui est disponible à l'adresse suivante : https://www.ups.com/media/news/fr/European_SME_Exporting_Insights_Study_2015.pdf.

b) Entre flexibilité et sécurité garanties au petit professionnel

410. - **Intervention.** Pour assurer la prise en compte de l'ensemble des acteurs économiques et le bon fonctionnement du marché, le droit décide d'intervenir. Chacun doit avoir sa place pour que le marché prospère dans les meilleures conditions. Les relations et les activités économiques vont être encadrées en tenant compte des acteurs qui interviennent et particulièrement des petits professionnels. Initialement, seul le droit de la concurrence avait vocation à traiter ces questions puisqu'il est considéré comme le droit qui va orienter le marché vers le « *bien-être collectif* »¹²⁴⁶. Un élargissement s'est néanmoins opéré et un véritable « droit du marché » est apparu¹²⁴⁷. De fait, il convient de prendre des mesures afin d'éviter ou, le cas échéant, de sanctionner les comportements de certains acteurs sur le marché. Le bon fonctionnement de ce dernier est soumis à l'adoption de règles en ce sens, ainsi qu'à leur bonne application. Même au travers de la protection du marché, il est donc possible de ressentir de la considération à l'égard du petit professionnel.

411. - **Explications et justifications.** Si le droit laisse une marge de manœuvre importante aux opérateurs économiques pour agir sur le marché afin d'assurer son bon fonctionnement, il vient également encadrer leurs activités. Le fondement de cet interventionnisme est la protection du marché et plus particulièrement « l'intérêt du consommateur » qui va dominer la liberté d'entreprendre¹²⁴⁸. Cela assure au consommateur se trouvant en bout de chaîne un service de qualité, car rendu par des personnes sélectionnées¹²⁴⁹. Le bon fonctionnement du marché est donc tributaire de cette décision de protéger le commerce au sein de l'Union européenne et plus largement tous les échanges, « *c'est pourquoi, le droit du marché s'est préoccupé depuis très longtemps d'amoindrir le*

¹²⁴⁶ C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, n° 3 et s., et n° 194 et s.

¹²⁴⁷ V. not. de manière non exhaustive : Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, Thémis Droit privé, PUF, 2002 ; « Droit du marché et droit commun des obligations », Colloque organisé les 24-25 octobre 1997, *RTD. Com.*, 1998, p. 1 et s. ; A. OUTIN-ADAM et A.-M. REITA-TRAN, « Regards des PME sur l'interdépendance du droit des contrats et du droit du marché : quelques observations », *RDC*, 1^{er} oct. 2006, n° 4, p. 1349.

¹²⁴⁸ D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, *op. cit.*, n° 412, p. 274.

¹²⁴⁹ Il a été expliqué que « le consommateur était l'alpha et l'omega de la concurrence : celui vers lequel est orientée la compétition des entreprises et celui qui la sanctionne par ses décisions », c'est pourquoi il ne faut pas oublier que « la qualité de la décision de consommation individuelle contribue au bon fonctionnement général du marché », Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, *op. cit.*, p. 86. Les auteurs soulignent néanmoins que « la protection du consommateur n'est plus définie comme un but en soi, autosuffisant, mais existe aussi par et pour la protection du bon fonctionnement du marché », p. 87.

risque économique et social créé par l'exercice d'une activité sur le marché »¹²⁵⁰. Il s'agit ici de prendre en compte l'intérêt général. Par conséquent, la protection du bon fonctionnement du marché passe obligatoirement par un encadrement de la liberté d'entreprendre. Si cette circonscription à la liberté d'entreprendre est justifiée, il est possible de se demander : comment le droit va-t-il atteindre cet objectif ?

412. - **Danger.** Si l'instauration de telles libertés constitue un objectif louable à bien des égards, il n'a pas toujours été perçu comme tel, notamment en raison de l'ouverture généralisée et d'une approche extensive¹²⁵¹. Des critiques ont été relevées à son encontre. Ainsi, « *l'interprétation économique, que sous-tendent les libertés de circulation, n'a jamais été perçue comme des opportunités d'accès au marché, mais plutôt comme une source de concurrence déloyale et de menaces sur le bien-être collectif* »¹²⁵². C'est pourquoi, si ces libertés permettent d'assurer le bon fonctionnement du marché, des limites à celles-ci sont justifiées pour sa protection ainsi que celle des acteurs économiques, particulièrement pour la sécurité de ces derniers.

413. - **Mise en œuvre.** Les restrictions apportées aux libertés sont de plusieurs ordres. Elles peuvent être légales : le législateur va intervenir en décidant soit d'interdire certaines activités, soit d'en réglementer l'accès ou l'exercice. Également, les acteurs économiques peuvent venir encadrer la pratique d'une activité économique d'un autre opérateur afin de se protéger, et aussi d'assurer le bon fonctionnement du marché. Toutefois, que ce soit pour la libre circulation des marchandises, la libre circulation des capitaux ou la libre circulation des personnes et des services, les limites mises en place doivent être spécialement justifiées¹²⁵³. Toutes ces libertés font l'objet de restrictions ayant un fondement proche : l'intérêt général. Celui-ci se divise en sous-catégories plus précises telles que la sécurité publique, la santé publique, ou encore l'ordre public. Néanmoins, toutes ces justifications peuvent être rattachées à une idée plus générale : celle de la protection du marché.

¹²⁵⁰ Cf. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, op. cit., p. 493.

¹²⁵¹ Ainsi, « *l'Europe du « laissez passer »* » a glissé progressivement vers « *l'Europe du « laissez faire »* » : J. CAVALLINI, « Liberté du commerce et de l'industrie et libertés de circulation en Europe », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, op. cit., spéc. n° 9-10, p. 657.

¹²⁵² C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, op.cit., n° 194, p. 180.

¹²⁵³ Par ex., par la sécurité juridique, l'ordre public, la protection de la santé et la protection de la vie. En ce sens, au niveau européen, l'art. 52 du TFUE énonce et justifie plusieurs raisons à ces restrictions, comme la sécurité publique ou encore l'ordre public.

414. - **Résultat.** Chacun des acteurs ou opérateurs économiques doit donc pouvoir bénéficier du marché et ce en toute sécurité, les plus petits comme les plus grands. Or, si la faiblesse des moyens financiers dont disposent certains acteurs, notamment les PME, a été mise en évidence, les écartant ainsi d'une partie des échanges au sein même de l'Union européenne, leur rôle s'avère pour autant déterminant dans le fonctionnement et l'existence de ce marché. La prise en compte de la fonction économique des contractants ne doit pourtant pas faire négliger d'autres valeurs importantes.

2. *L'ordre public social*

415. - **Ordre public et valeurs sociales.** L'importance des valeurs sociales dans le fondement du droit est essentielle. Elles ont en effet pour vocation de déterminer chacun des courants du droit et de leur donner un but¹²⁵⁴. Il a ainsi été relevé l'existence de trois valeurs sociales primordiales : la sécurité, la justice et le progrès social¹²⁵⁵. Si de toute évidence la sécurité est fondamentale en ce qu'elle prédomine et répond à la mission première du droit qui est de créer un cadre aux relations sociales afin d'y mettre de l'ordre, l'idéal vers lequel tend le petit professionnel est d'améliorer ses relations contractuelles avec les autres parties. Pour ce faire, une vision plus morale du droit permettrait à chacun de tirer profit de sa situation et de défendre ses intérêts. En ce sens, c'est la justice sociale qui a pour ambition de répondre aux besoins du petit professionnel et sa recherche doit donc passer au premier plan.

416. - **La recherche de la justice sociale.** Chère au Doyen SAVATIER, la prise en compte de l'ordre public social dans la mise en œuvre d'une protection des petits et l'approche du faible est essentielle. Le Doyen SAVATIER expliquait « *qu'on méconnaît la loi des genres, en comprenant, dans l'ordre public économique, ce que nous appellerons l'ordre public social* », et il poursuivait en soulignant : « *quand des règles d'ordre public entendent protéger, en droit civil contractuel, les faibles contre les forts ; quand elles veulent assurer aux premiers les droits qu'exige une bonne justice sociale ; quand elles prétendent les affranchir de l'oppression dont peut les entourer le jeu impitoyable d'une liberté des contrats, déséquilibrée par l'économie moderne, elles s'inspirent directement d'une éthique, non d'une technique. L'ordre public ainsi construit n'est rejoint par l'ordre public économique que*

¹²⁵⁴ Ainsi, « *chaque théorie a systématisé l'une des valeurs sociales* » : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 5^e éd., Litec, 2000, n° 407, p. 158.

¹²⁵⁵ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 406, p. 157.

*lorsque ce dernier, dépassant sa technique propre, en arrive à ses finalités lointaines. Car « l'Expansion », favorisée par l'ordre public économique, doit profiter, en finale, à la Justice sociale »*¹²⁵⁶.

417. - **Justice sociale et petit professionnel.** La justice étant un principe général du droit¹²⁵⁷, il est légitime qu'elle concerne l'ensemble des contractants. Le droit européen des contrats l'a bien compris¹²⁵⁸. Aussi, l'évolution de la société et des relations contractuelles a conduit le droit des contrats à devenir un « *droit protecteur* »¹²⁵⁹. La recherche de justice, et particulièrement de la justice contractuelle, n'est pas étrangère à ce phénomène. Ainsi, il a été récemment mis en évidence l'importance du rôle des juges dans la mise en œuvre d'un droit des contrats protecteurs¹²⁶⁰. L'appel à un droit des contrats plus « *contextualisé* » prenant en compte « *les phénomènes contemporains* » doit être entendu¹²⁶¹ et le renouveau de la justice sociale doit également concerner le petit professionnel, acteur essentiel du marché et contractant trop souvent négligé. En ce sens, les considérations d'ordre économique, si elles sont importantes dans une économie libérale, ne doivent pas avoir pour conséquence la mise à l'écart des exigences de justice sociale, celle-ci justifiant également la bienveillance et la sollicitude dont le petit professionnel doit faire l'objet. Voilà donc tous les éléments réunis pour amorcer la rupture envisagée.

B. Une rupture amorcée

418. - **Une rupture et un besoin à double enjeu.** Les finalités justifiant une protection particulière se sont multipliées et deux conceptions ressortent : la première s'appuie sur la personne elle-même, plus spécifiquement ici le petit professionnel, en vertu de « *la valeur d'humanisme* » qu'il véhicule, et la seconde relève plus du fonctionnement du

¹²⁵⁶ R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.*, 1965, chron., p. 37, spéc., p. 38.

¹²⁵⁷ J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, Grenoble II, 1996, n° 31, p. 166.

¹²⁵⁸ « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », *RTD civ.*, 2005, p. 713.

¹²⁵⁹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Champs essais, Flammarion, 1996, p. 180.

¹²⁶⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Nouvel agenda pour la justice sociale en droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 435 et s., spéc. p. 437. L'auteur fait état de la pratique consistant à laisser la justice étatique aux « petits » contrats et à permettre aux « grands » contrats de se contenter de la justice privée, notamment de l'arbitrage.

¹²⁶¹ M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*

marché et notamment de la « *fonction économique* » remplie par la personne en question¹²⁶². Clairement, il s'agit de mesurer le besoin naturel de libéralisme lié à la politique économique, pour permettre au marché de se développer, et le besoin impératif d'humanisme, pour augmenter la confiance dans le marché. Ainsi, au travers de développements portant sur le bon fonctionnement de la concurrence il a été rappelé qu'« *il est courant d'opposer, au sein du droit de la concurrence, les dispositions visant la protection de l'intérêt particulier des concurrents à celles ayant pour objectif la protection du marché* »¹²⁶³. Si celui-ci reste l'instrument à protéger pour favoriser son développement, il n'en demeure pas moins que l'acteur économique reste l'élément déterminant de son existence. Par ailleurs, il faut rappeler que les petits professionnels représentent la part essentielle de l'activité économique des sociétés actuelles. La recherche de l'efficacité économique, qui semble être la finalité suprême, passe par un double constat. Cela tend ainsi à glisser d'une logique générale exclusivement économique de protection du marché à une prise en compte plus spécifique du petit professionnel en tant que contractant à protéger sur ce marché. Le double enjeu des besoins apparaît alors : une nécessité générale, commune à tous, qui est la bonne santé du marché et une exigence plus spéciale, qui est propre au petit professionnel. C'est pourquoi à la fois pour le marché en tant que « récepteur » des activités économiques, et pour le petit professionnel en tant qu'acteur économique, le besoin est réel et la rupture semble amorcée.

419. - **Illustration de la rupture amorcée.** Les dispositions de l'article L. 221-3 du Code de la consommation appréhendées précédemment¹²⁶⁴ sont la démonstration d'une scission annoncée et engagée au sein même de la catégorie du professionnel¹²⁶⁵. En effet, quand bien même le petit professionnel auquel se destine ce texte n'est pas assimilé par définition au consommateur ou au non-professionnel et demeure donc un professionnel, il n'est pas tout à fait un professionnel comme les autres¹²⁶⁶. La rupture des situations et des positions opérée dans la catégorie générale de professionnel permet d'affirmer que l'égalité de

¹²⁶² J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *Études offertes à G. VINEY*, LGDJ, 2008, p. 835, spéc., n° 24, p. 863. L'auteur estime alors qu'il faut « *articuler protection fondée sur la personne et protection fondée sur le marché* », spéc. n° 8, p. 844.

¹²⁶³ M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, op. cit., n° 40, p. 72 et 73.

¹²⁶⁴ V. *supra* n° 224.

¹²⁶⁵ Pour rappel, l'article L. 221-3 du Code de la consommation issu de l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 dispose : « *Les dispositions des sections 2, 3, 6 du présent chapitre applicables aux relations entre consommateurs et professionnels, sont étendues aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq* ».

¹²⁶⁶ En ce sens, il est important de relever que les dispositions ainsi consacrées ne s'appliquent pas à l'ensemble des professionnels, ce qui est de nature à opérer une véritable distinction entre eux.

principe existant entre tous ces acteurs est remise en question et que des sous-catégories sont reconnues. Le petit professionnel s'est montré et est distingué.

420. - **Considération par le droit européen.** Le droit européen a bien compris l'importance de rompre avec la vision uniformisée des professionnels, et la nécessité de prendre en considération certains d'entre eux selon leur taille spécifique, qui apparaît comme un véritable critère d'appréciation, gage d'efficacité des dispositions protectrices. Des discussions et des démarches sont conduites en ce sens¹²⁶⁷. Plus récemment, des directives ont été adoptées en prenant en compte la taille des opérateurs économiques et en mettant en place des seuils. C'est notamment le cas de la directive du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales¹²⁶⁸. De même, une directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le marché unique numérique a été prise par le Parlement et le Conseil de l'Union européenne¹²⁶⁹. Celle-ci apporte des pistes de réflexion sur la prise en compte de la taille des titulaires de droits et de l'activité des professionnels fournisseurs de services dans l'appréciation par le juge du respect des obligations incombant à ces derniers¹²⁷⁰. L'idée mûrit donc petit à petit dans l'esprit du législateur européen et commence à se concrétiser.

421. - **Deux options.** De l'ensemble de l'analyse découlent deux possibilités : soit il convient de faire le choix d'ignorer ce que représente et ce que vit le petit professionnel en considérant qu'il se trouve dans une position équivalente à l'ensemble des autres professionnels ; soit il faut faire le choix de la réalité et reconnaître qu'il se situe dans une position inférieure à eux. Dans l'esprit du droit, le choix de la deuxième option est, bien évidemment préférable et, de plus, tout à fait justifié, ce qui a également motivé l'objet de la présente recherche.

¹²⁶⁷ V. par ex. : Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011, SEC(2011) 1165 final, COM(2011) 635 final.

¹²⁶⁸ Dir. (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JOUE n° L 111 du 25 avr. 2019, p. 59.

¹²⁶⁹ Dir. (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JOUE, L 130 du 17 mai 2019, p. 92.

¹²⁷⁰ L'article 17 paragraphe 5 de la directive dispose : « Pour déterminer si le fournisseur de services a respecté les obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 4, et à la lumière du principe de proportionnalité, les éléments suivants sont, entre autres, pris en considération :

a) le type, l'audience et la taille du service, ainsi que le type d'œuvres ou autres objets protégés téléversés par les utilisateurs du service ; et

b) la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de services ». (Personnellement et volontairement souligné).

422. - **Conclusion de la Section II.** L'évolution du droit des contrats et de la vision de la justice contractuelle démontre l'importance de tenir compte de la situation de chaque contractant partie faible. Le petit professionnel ne doit pas faire exception. Il est heureux de voir que le chemin est déjà ouvert et qu'il convient désormais d'entreprendre le voyage pour que la rupture engagée avec la notion générale de professionnel ne reste pas lettre morte. Dès l'instant que le petit professionnel se manifeste et qu'il n'est pas véritablement pris en considération par le droit, il est nécessaire de lui assurer une attention particulière pour permettre de dégager les éléments qui le caractérisent. C'est pourquoi, il est maintenant indispensable de prendre en compte la réalité qu'il représente.

423. - **Conclusion du Chapitre I.** La position de fort qui colle au petit professionnel l'empêche de bénéficier pleinement de l'intégralité de la théorie de l'égalité prônée en droit des contrats, tant vis-à-vis des consommateurs puisqu'il est fort par rapport à eux, qu'à l'égard des autres professionnels même plus puissants puisqu'il est considéré comme leur égal. Mais, le droit doit s'adapter au contexte et constituer le reflet de la société. Pour ce faire, il est nécessaire de mettre en perspective les situations particulières qui justifient une approche spécifique et adaptée. Aussi, après avoir observé les occurrences du petit professionnel, il convient de se pencher vers sa prise en compte véritable. La rupture d'avec la notion générale de professionnel est en cours ; pour qu'elle se poursuive, il est indispensable que l'ordre juridique réceptionne la notion de petit professionnel et matérialise cette réalité.

CHAPITRE II :

La réception progressive du petit professionnel par l'ordre juridique

424. - **Présentation.** « *La vie incessante du droit, résultante de forces diverses, produit souvent obscur de déterminismes et de choix, offre peu de sujets d'étude et de réflexion aussi stimulants que l'apparition et l'élaboration progressives d'une notion juridique nouvelle peu à peu poussée jusqu'à l'existence* »¹²⁷¹. L'étude du petit professionnel offre indéniablement cette stimulation par sa nature juridique et ses caractéristiques propres. La prise en considération de ce contractant, dont la fonction de production, de distribution, de services et de bien d'autres encore, peut conduire à justifier sa réception par l'ordre juridique. Sa petite taille permet de rendre compte de sa position de faiblesse, peu importe ici sa qualité de professionnel puisqu'« *il n'existe pas une adéquation parfaite entre la fonction de consommation et l'idée de contractant économiquement faible* »¹²⁷², de sorte que même un professionnel peut prétendre à ce statut.

Si une volonté législative et doctrinale, et un certain consensus existent en faveur de la prise en compte de cet acteur¹²⁷³, la principale difficulté réside à l'évidence dans

¹²⁷¹ G. MARTY dans la Préface de la thèse de M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Avant-propos H. SOLUS, LGDJ, 1957, p. V.

¹²⁷² J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 261.

¹²⁷³ V. en ce sens, le nombre relativement important de travaux portant sur le petit professionnel ou les PME et envisageant leur protection, ce à la fois d'un point de vue doctrinal, mais également sur le plan législatif. De manière non exhaustive v. : ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986 ; Cl. CHAMPAUD (dir.), *Nos petites entreprises au seuil du XXI^e siècle – Quelles nouvelles réponses juridiques aux défis socio-économiques ?*, CREDA, *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2003, n° 340, p. 4 et s. ; A. OUTIN-ADAM et A.-M. REITA-TRAN, « Regards des PME sur l'interdépendance du droit des contrats et du droit du marché : quelques observations », *RDC*, 1^{er} oct. 2006, n° 4, p. 1349 ; CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES AFFAIRES (Paris), *Les PME et le droit de la concurrence – Analyse critique, comparative et prospective*, préf. Y. CHAPUT, CREDA, LexisNexis, Litec, Collection « Droit des affaires », 2009 ; D. VOINOT, « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure FRANÇOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 565 ; O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente*.

l'appréciation de la notion même de petit professionnel. Apporter une définition à celui-ci apparaît délicat dès lors qu'il s'agit d'une catégorie hétéroclite. Aussi, quelle méthode employer pour préciser la notion ? Quels critères mettre en œuvre ? La technique des seuils, parfois utilisée, est-elle pertinente ? Est-elle également la plus efficace ? Le petit professionnel ne pouvant se réduire à l'existant, il faut désormais tenter de déterminer clairement ce à quoi il correspond. Cette démarche d'identification demande à ce que des étapes soient définies et bien respectées : il est en effet nécessaire d'observer où et comment se manifeste le petit professionnel afin d'affiner ses caractéristiques et ouvrir sur sa définition.

425. - **Démarche.** Grâce à la reconnaissance du petit professionnel peut se dégager une définition juridique de ce contractant. L'émergence de cette notion présente un double intérêt : d'une part, un intérêt pratique puisque celui-ci concerne et regroupe beaucoup d'acteurs économiques en majorité dans les PME et, d'autre part, un intérêt théorique en ce qu'il conduit à s'intéresser et à apprécier l'articulation de l'ensemble des branches composant le droit civil, c'est-à-dire les droits spéciaux comme le droit commun, tant au niveau européen que national. L'apparition d'une nouvelle catégorie de contractants en la personne du petit professionnel permettrait ainsi de transcender certaines distinctions et surtout de répondre aux nombreuses difficultés dans l'articulation des normes qui pourraient correspondre à une même situation : celle du petit professionnel.

426. - **Plan.** Pour apprécier cette réalité, il y a lieu d'aborder la nature juridique du petit professionnel (Section I) et d'en oser un essai de définition (Section II).

Section I : La nature juridique du petit professionnel

427. - **Généralités.** Ici, il faut tenir compte de la diversité du réel. Plus précisément, il est pertinent de se demander quel contractant est en position d'infériorité, est-ce toujours le même ? C'est dans cette optique que l'approche fonctionnelle s'avère essentielle pour permettre une véritable prise en compte du petit professionnel. Le concessionnaire, le

Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011, SLC, vol. 6, 2012 ; G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé, Berlin : LIT, 2013 ; P. HABA, Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé, th. Paris Nanterre, 2017 ; M. CHAGNY, « Cours à quatre mains sur « PME et droit de la concurrence » », in Mélanges en l'honneur du Professeur Claude LUCAS de LEYSSAC, LexisNexis, 2018, p. 49 et s.

fournisseur, le producteur sont-ils toujours la partie en position d'infériorité dans la relation contractuelle ? Il faut donc dépasser ces qualificatifs et cette diversité pour appréhender le petit professionnel en lui-même de manière générale et concrète ?

428. - **Plan.** Ainsi, l'étude des caractéristiques du petit professionnel (I) va appuyer la nécessité de procéder à une approche fonctionnelle de celui-ci (II).

I. Les caractéristiques du petit professionnel

429. - **Objectif.** Il est difficile de demeurer indifférent à l'idée de justice sous-jacente à la problématique des petits professionnels. La prise en compte de certains critères comme le poids économique, le déficit informationnel, intellectuel ou de formation, est pertinente et doit être mise en exergue au regard de la taille du professionnel qui n'apparaît pas clairement ici. Pourtant, elle permet d'apprécier leur situation pratique, ainsi que de prendre en considération leur faiblesse¹²⁷⁴. Au travers de l'approche sous le prisme de la PME et du droit européen en particulier, la notion de petit professionnel existe et a été perçue précédemment¹²⁷⁵. Leurs caractéristiques et besoins ainsi mis à jour amèneront à la protection en faveur de cette catégorie d'opérateurs.

430. - **Problématique et pistes.** En matière contractuelle, la véritable question, ou en tout cas le point névralgique autour duquel s'inscrit la protection du petit professionnel pourrait tendre au manque d'information et aux mesures et techniques permettant d'accéder à la connaissance et plus généralement aux données essentielles. Dans cette hypothèse la taille est-elle un critère suffisant pour apprécier le manque d'information ? En partie, puisqu'il est indéniable que l'information a un coût ; en effet, l'obtenir nécessite d'y consacrer des charges supplémentaires. Dans ces conditions, il convient de protéger le petit professionnel. Ce dernier est-il par définition en manque de moyens pour s'informer, se former, etc. ?

Il est important de relever que le petit professionnel peut indifféremment être une personne morale ou une personne physique. Ceci s'explique par le fait que, bien souvent, la

¹²⁷⁴ J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *Etudes offertes à G. VINEY*, LGDJ, 2008, p. 835. L'auteur souligne qu'aujourd'hui, « le droit contractuel ne fait plus abstraction de la réalité concrète des rapports sociaux », spéc., n° 4, p. 839.

¹²⁷⁵ V. *supra* n° 154 et s.

qualité de personne morale ne place pas toujours le professionnel dans une meilleure situation économique que la qualité de personne physique¹²⁷⁶. À cet égard, il n'est donc pas procédé à une véritable distinction.

De prime abord, mais aussi au regard de l'ensemble des principaux critères tels que les parts de marché, le chiffre d'affaires, etc., le petit professionnel apparaît comme celui disposant d'un poids économique plus faible que son partenaire contractuel dominant.

Alors que le droit de la consommation est apparu comme un véritable droit de protection¹²⁷⁷, la situation du petit professionnel, si elle nécessite et justifie également l'existence d'une protection, doit plus spécialement tendre à un équilibre, et donc à l'instauration d'un « droit d'équilibre »¹²⁷⁸, afin que cet acteur puisse retrouver une existence adaptée à son environnement et au milieu dans lequel il se trouve, surtout au regard de la situation des autres professionnels considérés en état de supériorité.

431. - **Plan.** Pour apprécier de manière approfondie les caractéristiques du petit professionnel, opérer un rapprochement avec les notions de TPE-PME (A) et également avec la structure sociale par le biais de laquelle il exerce son activité (B) apparaît judicieux.

A. Un rapprochement avec les notions de TPE-PME

432. - **Conception américaine de la PME.** Fondée sur la puissance économique de l'entreprise au regard de celle de ses rivaux sur le marché, la vision américaine de la PME coïncide avec la réussite individuelle qui est placée au premier plan¹²⁷⁹. Aussi, aux Etats-Unis, « *les petites entreprises, [...] sont considérées comme le moteur de l'économie et le symbole de la réussite et de la liberté* », de sorte que la petite entreprise évoque le « *fondement du*

¹²⁷⁶ V. par ex., G. PAISANT, *D.*, 1993, p. 237, obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.733, préc. Pour expliquer l'application de règles consuméristes à un professionnel personne morale, en l'occurrence un GAEC, l'auteur convient que la « *qualité de personne morale [du professionnel] ne l'avait pas placé dans une meilleure situation économique que les autres professionnels personnes physiques* », l'état de faiblesse économique dudit professionnel paraissant dès lors d'une grande importance dans l'appréciation faite par la Cour de cassation.

¹²⁷⁷ V. *supra* n° 174 et s.

¹²⁷⁸ Il faut comprendre ici que si en réalité un contractant n'est pas en mesure de négocier un contrat, d'avoir accès aux informations importantes ou d'être confronté à un déséquilibre contractuel, l'équilibre est rompu. Or, il est indispensable dans ces conditions de le restaurer. C'est pourquoi des palliatifs devront être mis en place par le législateur, le juge ou les parties au contrat elles-mêmes.

¹²⁷⁹ En ce sens, v. le rapport d'information n° 374 du 26 juin 1997 : « Aider les PME : l'exemple américain », par Monsieur Francis GRIGNON au nom de la Commission des Affaires économiques, Sénat, Session ordinaire de 1996/1997, spéc. Chap. 1^{er}.

capitalisme américain »¹²⁸⁰. C'est pourquoi, cette tendance a été consacrée au travers de la mise en place du « Small Business Act » de 1953¹²⁸¹.

433. - **Conception française et européenne de la PME.** Dans le droit de l'Union européenne et par ricochet en droit français, la PME est identifiée à partir de seuils chiffrés, en termes notamment d'effectif d'employés et de chiffre d'affaires¹²⁸². De plus, il résulte de l'approche historique précédemment exposée que la conception française privilégie le développement de la consommation plutôt que celui de la production. Le Sénateur Francis GRIGNON n'imaginait pas dans ces conditions que le modèle américain serait transposable à la France¹²⁸³. Cependant, des enseignements ont vraisemblablement été tirés de cette approche et l'idée a fait son chemin puisque le droit européen a également lancé son projet de « Small Business Act » en 2008¹²⁸⁴.

434. - **Notion plus large de petit professionnel.** Précédemment, il a été démontré que la notion de petit professionnel permettait d'appréhender de manière plus efficace que la petite entreprise, la situation de cet acteur économique soumis à des difficultés en raison de sa taille. D'une part, il s'agit d'une notion plus « juridique » et non économique, cette dernière étant soumise à des fluctuations statistiques et, d'autre part, elle permet d'englober plus largement les acteurs économiques en difficulté en raison de ce différentiel de taille, c'est-à-dire ceux à prendre en compte dans la présente étude. Cependant, cela ne signifie pas que la notion de très petite ou de petite et moyenne entreprise n'a pas vocation, en ce qu'elle fait partie d'un tout plus large de la catégorie de professionnel, à apporter des éléments afin d'envisager celle de petit professionnel. À cet égard, lors des réflexions portant sur la réforme du droit des contrats et des obligations, il a été mis en évidence la situation particulière des PME dont la proximité d'approche avec le petit professionnel est indéniable. Par exemple, il est expressément fait référence aux TPE-PME dans la fiche d'impact du 9 février 2016¹²⁸⁵ relative à la réforme du droit des contrats. En effet, il est précisément indiqué que les

¹²⁸⁰ Rapport d'information n° 374, *ibid.*

¹²⁸¹ Sur lequel, v. *infra* n° 477.

¹²⁸² V *supra* n° 158.

¹²⁸³ Il indiquait ainsi que « *l'organisation américaine [...] ne peut être strictement transposée en France* », Rapport d'information n° 374, préc., « Résumé ».

¹²⁸⁴ Sur lequel, v. *infra* n° 477.

¹²⁸⁵ « Fiche d'impact projet de texte réglementaire », NOR : JUSC1522466R, du 9 févr. 2016, Dossiers législatifs – Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : l'ensemble de ces documents relatifs à la réforme sont disponibles à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichOrdonnance.do?type=general&idDocument=JORFDOLE000032036173>.

entreprises « *non dotées de services juridiques* »¹²⁸⁶ doivent être prises en compte afin de leur offrir une meilleure lisibilité du droit.

435. - **Fragilité de la situation du petit professionnel.** Certains contractants professionnels présents sur le marché se distinguent donc des autres par leur situation moins favorable. Si la diversité de cette catégorie ne permettait pas de justifier une appréciation globale, cela ne remettrait pas en cause leurs difficultés : « *en cette matière les nuances existent et [...] à côté des professionnels rompus aux affaires, il y a ceux qui viennent de fonder une entreprise et qui n'ont aucune expérience ou encore ceux qui se trouvent dans une situation économique telle qu'ils n'ont d'autre choix que de se soumettre aux conditions draconiennes de leur contractant* »¹²⁸⁷. Il est donc possible de relever plusieurs hypothèses de faiblesse de certains professionnels.

436. - **Illustration de certaines faiblesses observées chez les petits professionnels.** L'objectif n'est pas à ce stade de rapporter les critères nécessaires à l'identification des petits professionnels¹²⁸⁸, mais de prendre conscience de l'état de besoin dans lequel se trouvent certains professionnels ainsi que ses causes, ce qui justifiera une intervention du droit en leur faveur. Si de prime abord, le droit appréhende le petit professionnel d'une manière générale car « *c'est bien son incapacité économique ou intellectuelle* »¹²⁸⁹ qui semble confirmer en partie sa protection, il est important d'en préciser le propos. L'inégalité factuelle ressentie initialement chez le petit professionnel pourra parfois se prolonger en une inégalité juridique¹²⁹⁰. Beaucoup de TPE-PME se retrouvent à devoir négocier avec de grandes entreprises et sont ainsi contraintes de tisser des relations avec celles-ci¹²⁹¹. Outre l'évidente disparité économique entre les deux parties, d'autres éléments peuvent caractériser une faiblesse. À titre d'illustration, il est primordial de tenir compte des inégalités pouvant résulter

¹²⁸⁶ « Fiche d'impact projet de texte réglementaire », préc., spéc., p. 42.

¹²⁸⁷ Fr.-X. LICARI, « Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses « déraisonnables » ou « abusives » dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes », *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 655 et s.

¹²⁸⁸ V. *infra* n° 471 et s., et n° 499.

¹²⁸⁹ D. MAZEAUD, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », préc., spéc., n° 15, p. 526.

¹²⁹⁰ V. *infra* n° 524.

¹²⁹¹ Par ex., dans le domaine agroalimentaire, des petits producteurs doivent mener un véritable combat pour pouvoir bénéficier de l'ouverture commerciale permise par la grande distribution. L'hypothèse est d'autant plus manifeste dans le cadre de la distribution des produits agricoles où la fragilité des fournisseurs a conduit à une intervention des pouvoirs publics pour assurer la pérennité de leur activité. Pour un aperçu récent, voir la Proposition de loi visant à garantir les prix d'achats aux agriculteurs, n° 3272, du 25 nov. 2015, présentée notamment par le député A. CHASSAIGNE.

d'un défaut d'information¹²⁹², d'une disproportion des moyens intellectuels¹²⁹³, ou encore d'une limitation de leur liberté contractuelle¹²⁹⁴. En pratique, les petits professionnels sont soumis à la gestion parfois autoritaire ou en tout cas arbitraire des affaires par certains contractants plus forts. Il est également possible de relever ici que 25% des défaillances d'entreprises sont le résultat de retard dans les délais de paiement¹²⁹⁵, ce qui est particulièrement préjudiciable pour les TPE-PME qui ne disposent pas des mêmes financements que les grandes entreprises¹²⁹⁶.

437. - **Des obstacles à l'épanouissement des TPE-PME.** L'une des raisons expliquant les difficultés rencontrées par les petits professionnels lors de leur entrée sur le marché européen est la présence de barrières, la complexité des procédures ou encore les lourdeurs administratives. Ainsi, les entreprises de grandes tailles seraient mieux armées pour se développer sur le marché, et notamment le marché européen. Ces dernières disposeraient de moyens beaucoup plus conséquents pour agir tels que des services juridiques compétents et bien sûr de leur capacité financière plus importante. Pour autant, la prise en considération des TPE-PME, ainsi que de leur réalité économique et sociologique au regard des obstacles rencontrés a permis d'apporter un éclairage sur « *des réalités partielles ou connexes : par*

¹²⁹² L'information est aujourd'hui considérée comme un véritable bien disposant d'une valeur économique et donc susceptible de faire l'objet d'un commerce par le biais des échanges : ventes, achats, locations, services, biens, etc. Or, si le devoir d'information a été consacré dans les relations entre professionnels et consommateurs (C. consom., art. L. 111-1), il n'a pas été élargi aux relations entre professionnels. Cependant, « *rien ne garantit [...] que deux professionnels contractants pour les besoins de l'exercice de leur métier soient toujours en état d'information complètement partagée* », M. LEVASSEUR, « Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Études juridiques, ECONOMICA, 1998, p. 97.

¹²⁹³ Il s'agit de l'hypothèse déjà reconnue, selon laquelle les grandes entreprises disposent plus généralement d'un service juridique pour régler toutes les questions relatives à l'application des règles de droit, alors que les petites entreprises n'ont pas toujours les moyens d'en disposer. La distinction reposant sur ce critère est notamment accentuée dans le cadre de la réalisation du marché européen.

¹²⁹⁴ Si la liberté contractuelle regroupe à la fois la liberté de s'abstenir et la liberté de choisir son contractant, cette portée doit être nuancée dans l'hypothèse des producteurs qui agissent bien souvent sous la contrainte ou l'urgence, afin d'écouler leurs produits quand ils sont face à des grosses structures et parfois à cause des quotas imposés par la réglementation européenne, par exemple.

¹²⁹⁵ V. la réponse de la CCI France à la consultation de la Commission européenne sur la révision du « Small Business Act » : « Réponse à la consultation de la Commission européenne « Révision du « Small Business Act » en vue de poursuivre une politique européenne forte en faveur des petites et moyennes entreprises et des entrepreneurs de 2015 à 2020 » », CCI FRANCE, déc. 2014, p. 11.

¹²⁹⁶ Cependant, la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil, du 16 févr. 2011 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les relations commerciales, *JOUE* du 23 févr. 2011 L 48, p.1, qui a apporté des éléments permettant de pallier certains problèmes relatifs au retard de paiement. Cette directive a été transposée par la loi Hamon, n° 2014-344, du 17 mars 2014, *JORF* du 18 mars 2014, p. 5400, complétée en la matière par la loi n° 2014-626, du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi « Pinel », *JORF* du 19 juin 2014, p. 10105.

exemple l'artisanat, l'entrepreneur, ou les professionnels »¹²⁹⁷, et donc sur le petit professionnel.

B. Un rapprochement avec la structure sociale

438. - **Présentation.** Le droit met en place des structures afin de permettre aux opérateurs économiques d'exercer leurs activités. Ces derniers vont alors rechercher de la part de la règle de droit la satisfaction d'un besoin de sécurité, ce qui est intimement lié à la réalisation du marché, puisque cela la conditionne en grande partie. Afin de pouvoir garantir le bon fonctionnement du marché, il est offert aux professionnels différentes possibilités pour développer leur activité et en assurer la pérennité. Ainsi, l'entreprise en tant qu'entité économique et sociale dispose de plusieurs moyens pour se réaliser et des recoupements vont pouvoir s'opérer pour identifier le petit professionnel qui aura la possibilité de choisir la structure adaptée au développement de son activité.

439. - **Distinction et plan.** Classiquement, une personne qui désire exercer une activité économique est confrontée à un choix entre plusieurs formes de structures : elle peut décider de créer une société ou elle peut se résoudre à organiser son entreprise sous une forme individuelle. Quelle que soit sa préférence, cela va influencer le développement de son activité et la réalisation du marché. Cette distinction est particulièrement intéressante pour la présente analyse. En effet, d'une manière générale les « grands » ou « gros » professionnels constitueront plus facilement une société (1), tandis que les « petits » professionnels, même s'ils ont la possibilité d'organiser leur activité dans un cadre sociétaire, solliciteront davantage la forme d'une entreprise individuelle (2).

1. Le choix de la forme sociale propice au « gros » professionnel

440. - **Précision.** L'objectif n'est pas ici de revenir sur l'ensemble des structures sociales qui existent¹²⁹⁸, mais simplement d'analyser les intérêts, les avantages en terme de

¹²⁹⁷ A. MALLARD, *Petit dans le marché. Une sociologie de la Très Petite Entreprise*, Paris, Presses des Mines, coll. Sciences sociales, 2011, n° 2, p. 15 et 16.

sécurité juridique et économique, qu'elles confèrent aux professionnels, afin notamment d'envisager un rapprochement entre le choix effectué et la taille du professionnel en cause, ce pour faciliter l'identification du petit professionnel.

441. - **Explications.** La société n'est pas un instrument nouveau. Ce mécanisme déjà présent à l'époque Antique a connu une évolution considérable. Le choix d'exercer son activité sous cette forme peut être justifié par plusieurs aspirations, notamment sécuritaires. Il s'agit, en effet, d'une technique d'organisation particulièrement propice à l'exploitation d'une activité économique de manière générale, et d'une entreprise en particulier. Si ce mécanisme s'adresse à tous les acteurs de la vie économique, il est sans aucun doute plus facilement adopté par les « gros » professionnels¹²⁹⁹. Il est ainsi devenu l'outil privilégié des grandes entreprises, auxquelles il a offert la possibilité d'atteindre une taille parfois très importante, voire de devenir des multinationales¹³⁰⁰. C'est pourquoi, il est permis de dire que les professionnels plus puissants ou de taille plus importante adopteront plus aisément une forme sociale pour développer leur activité.

442. - **Raisons diverses.** Malgré tout, si le choix de recourir à la forme sociale s'impose pour certains professionnels, il convient de s'interroger sur les raisons qui contribuent à faire de celle-ci un formidable mécanisme au service de la sécurité juridique et par ce biais de la bonne tenue du marché. Différentes explications peuvent être avancées.

443. - **La sécurité juridique.** Recourir à la société présente, en effet, plusieurs intérêts pour les professionnels d'un point de vue de la sécurité juridique. Elle permet tout d'abord, de fournir à l'opérateur économique « *le vêtement juridique approprié* »¹³⁰¹, c'est-à-dire qu'elle lui apporte une structure sécurisée pour exercer efficacement son activité, avec des outils adéquates, et elle lui reconnaît dans la majorité des cas la personnalité morale. Il découle de ce premier avantage le moyen d'envisager une autonomie patrimoniale, la société

¹²⁹⁸ V. par ex. : M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 26^e éd., 2013, p. 263 et s. Adde, J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI, L. MERLAND et N. TAGLIARINO-VIGNAL, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 29^e éd., 2012, p. 287 et s.

¹²⁹⁹ Par ex., créer une société demande du temps et le recours à différents intermédiaires ne facilite pas les choses pour un professionnel qui se lance dans une petite activité. Il suffit de penser ici, d'une part, aux démarches administratives et, d'autre part, aux formations parfois obligatoires ou conseillées sur la base du volontariat auprès, par ex., de la chambre des métiers. Il en est de même de la nécessité de recourir au service d'un comptable, ce qui présente un coût et demande des moyens supplémentaires.

¹³⁰⁰ V. de manière générale : G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951.

¹³⁰¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 26^e éd., 2013, n° 18, p. 11.

apporte alors des garanties particulièrement intéressantes, notamment celle de la séparation des patrimoines. Pourvue de la personnalité morale la société disposera donc d'un patrimoine propre, distinct de celui de l'entrepreneur ou des associés sur le plan individuel. C'est pourquoi, les créanciers de la société ne seront pas désintéressés sur les biens personnels des personnes concernées, les dettes contractées lors de l'exploitation de l'activité seront les dettes de la société. La sécurité offerte par ce principe est donc indéniable. Néanmoins deux remarques doivent être apportées. D'une part, dans la majorité des situations les créanciers, généralement les banques, vont anticiper en demandant aux associés ou à l'entrepreneur de garantir personnellement les dettes de la société. De plus, certaines formes de sociétés comme celles à responsabilité illimitée ne protègent pas le patrimoine propre des associés. D'autre part, l'utilisation de cette forme sociale a quelque peu perdu de son intérêt à la suite de la consécration de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée¹³⁰². Enfin, une autre sécurité incontestable fournie par la forme sociale est de faciliter la pérennité de l'exploitation de l'activité. Que ce soit en cas de décès de l'entrepreneur ou d'un simple retrait de celui-ci, la transmission de l'activité est rendue plus aisée. L'opération résultera d'une cession des droits sociaux et donc des titres de la société, ce qui évitera notamment les délicates difficultés pouvant résulter des situations d'indivision en cas de décès de l'entrepreneur ou des associés. En résumé, d'un point de vue juridique, le droit apporte des réponses indispensables au travers de la mise en société, permettant aux acteurs économiques d'exploiter au mieux leur activité et ainsi d'assurer le bon fonctionnement du marché.

444. - **La sécurité et le développement économique.** Le fait d'opter pour la forme sociale représente un certain coût¹³⁰³ et un réel investissement, principalement par l'obligation de constituer un capital social, régler les frais d'immatriculation au RCS ou encore en générant des contraintes liées au fonctionnement de la société elle-même. Ces considérations peuvent décourager les petits professionnels à constituer une société. Cependant, le fait d'opter pour la forme sociale offre plus de marge de manœuvre et donne d'élargir les capacités de financement de l'entrepreneur ou des associés ouvrant alors le capital de la société ce qui incite d'autres partenaires à investir. La possibilité ainsi offerte de réunir des capitaux encourage et conduit au développement plus performant de l'activité exploitée. C'est

¹³⁰² V. *infra* n° 449.

¹³⁰³ S'il est possible de relativiser ce coût, il convient de rappeler que la création d'une société implique de nombreuses démarches et bien souvent le recours à un comptable. Aussi, en cas par exemple de changement de siège social, des démarches sont à effectuer auprès du greffe et présentent un coût certain.

par exemple l'objectif de la création de la Société par Actions Simplifiée (SAS)¹³⁰⁴ qui accorde une grande liberté à ses fondateurs. Dans cette optique, il a été très justement relevé que cette forme de société doit être « réservée à des partenaires économiquement forts pour leur permettre de coopérer en toute liberté »¹³⁰⁵. L'augmentation de la capacité d'endettement corrélative à celle du financement, la répartition des droits de chaque investisseur et l'organisation de leurs rapports, sont autant d'éléments qui assurent l'expansion et la sécurité de l'activité exploitée. À l'inverse, les petites structures pourront avoir accès à des formes adaptées à leur taille et à leur qualité spécifique telles que l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL)¹³⁰⁶. Le Professeur FARJAT a d'ailleurs rappelé à ce titre que la vocation de l'EURL était d'assurer « la promotion des PME »¹³⁰⁷.

445. - **Synthèse sur le choix de la mise en société.** L'exploitation d'une activité sous la forme sociale apporte plus d'assurance, de sécurité et un développement optimal de l'entreprise. Elle offre un cadre confortable dont les avantages ne sont plus à démontrer. La distinction des patrimoines constitue un attrait évident. Malgré tout, il faut nuancer le propos. Si l'intérêt de ces structures n'est pas négligeable, leur complexité juridique peut réfréner les désirs de certains professionnels plus petits qui éventuellement hésiteront à faire ce choix¹³⁰⁸. Ces derniers consentiront à adopter des structures juridiques offrant un cadre moins contraignant, sans être pour autant dénuées d'intérêt. C'est pourquoi, le droit a mis en place d'autres statuts qui, même s'ils ne répondent pas toujours à l'impératif de sécurité souvent recherchée, bénéficient d'une souplesse indiscutable.

2. Le choix de l'entreprise individuelle favorable au petit professionnel ?

446. - **Facilité.** Comme évoqué précédemment, lorsqu'un opérateur économique décide d'exploiter une activité, il dispose d'une grande liberté et d'un large choix s'agissant des diverses modalités existantes pour exercer son entreprise. La forme sociale présente de nombreux avantages, mais la complexité de sa mise œuvre n'est pas toujours adaptée à

¹³⁰⁴ L. n° 94-1 du 3 janv. 1994 instituant la société par actions simplifiée, *JORF* n°2 du 4 janv. 1994, p. 129.

¹³⁰⁵ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 82.

¹³⁰⁶ L. n° 85-697 du 11 juill. 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), *JORF* du 12 juill. 1985, p. 7862.

¹³⁰⁷ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 82.

¹³⁰⁸ J.-B. BLAISE, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, *op. cit.*, n° 420, p. 211.

l'ensemble des professionnels en l'occurrence ceux qui recherchent la simplicité¹³⁰⁹ et/ou qui ont une capacité financière moindre. À ce propos, certains petits professionnels n'ont pas l'ambition de chiffres d'affaires très importants ou, pour régler moins de charges, préfèrent travailler en solitaire. C'est pourquoi, il existe d'autres statuts facilitant l'installation et l'exercice de l'activité de ceux-ci. La majorité de ces dispositifs apparaissent plus appropriés à l'exercice d'une petite activité et correspondent à la demande de souplesse souvent souhaitée, tandis que d'autres répondent plus efficacement à la sécurité également recherchée.

447. - **Le statut d'auto-entrepreneur puis de micro-entrepreneur.** Le statut d'auto-entrepreneur a été instauré par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008¹³¹⁰. De nombreux professionnels peuvent ainsi bénéficier d'un régime particulier. Prévu initialement pour les activités commerciales et artisanales¹³¹¹, le champ d'application de ce statut a été élargi par la loi du 19 février 2009¹³¹² aux professions libérales non réglementées¹³¹³. Plusieurs projets ont fait l'objet de réflexion en faveur d'un élargissement de ce statut aux avocats voire aux fonctionnaires¹³¹⁴, sans jamais être concrétisés bien que certaines ouvertures soient désormais possibles¹³¹⁵. Même s'il ne s'agit pas d'une forme spécifique d'entreprise¹³¹⁶, ce statut mérite d'être cité. Initialement, il dispensait ses bénéficiaires de toute immatriculation au RCS. Les formalités de création et de gestion étaient particulièrement simplifiées. Il ne faut toutefois pas omettre les conditions relativement contraignantes pour en bénéficier¹³¹⁷. De plus, si l'auto-entrepreneur peut toujours prétendre à

¹³⁰⁹ Par ex., dans les démarches administratives.

¹³¹⁰ L. n° 2008-776, du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite loi « LME », *JORF* du 5 août 2008, p. 12471.

¹³¹¹ Ainsi, l'ancien art. L. 123-1-1 C. com. prévoyait par ex. que : « *par dérogation à l'article L. 123-1, les personnes physiques exerçant une activité commerciale à titre principal ou complémentaire sont dispensées de l'obligation de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés tant qu'elles bénéficient du régime prévu à l'article L. 133-6-8 du Code de la sécurité sociale* ».

¹³¹² L. n° 2009-179, du 17 févr. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, *JORF* du 18 févr. 2009, p. 2841.

¹³¹³ Il s'agit des professions libérales non réglementées relevant de la Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse (CIPAV).

¹³¹⁴ V. D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, *op. cit.*, n° 323, p. 226.

¹³¹⁵ N. LAVAL-MADER, « Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ? », *AJDA*, 2009, p. 1230.

¹³¹⁶ J.-B. BLAISE, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, *op. cit.*, n° 341, p. 171.

¹³¹⁷ Le statut de l'auto-entrepreneur est conditionné, puisque seuls les entrepreneurs bénéficiant du régime « *micro-fiscal* », c'est-à-dire le régime fiscal des *micro-BIC* ou *micro-BNC*, peuvent y avoir accès. Concrètement pour 2016, cela signifie que l'entrepreneur doit exercer son activité sous forme d'entreprise individuelle et non sous la forme sociale, il doit également réaliser un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 82.200,00 HT pour les activités de vente de marchandises ou 32.900,00 HT pour les prestations de services, et enfin, il doit bénéficier de la franchise TVA ou être exonéré de TVA.

un régime fiscal et social plus favorable, ce statut a connu une forte remise en cause¹³¹⁸. Son intérêt et l'opportunité d'y recourir sont devenus de plus en plus discutables, voire critiquables. Plusieurs raisons justifient ce phénomène. La première n'est pas nouvelle et a été soulignée dès la mise en place de ce statut¹³¹⁹ : le régime dont bénéficie l'auto-entrepreneur ne permet pas de répondre totalement au besoin de sécurité juridique nécessaire au développement de l'activité économique et par corrélation à la réalisation du marché. Par ailleurs, la seconde est issue de la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises¹³²⁰, qui a instauré des nouveautés tendant à revenir en partie sur le régime de l'auto-entrepreneur. Désormais, ceux qui exercent une activité commerciale, à titre principal ou complémentaire, doivent obligatoirement s'inscrire au RCS et ceux qui exploitent une activité artisanale doivent s'inscrire au répertoire des métiers (RM)¹³²¹. Par conséquent, si ce statut demeure intéressant pour certaines activités, il n'est pas certain que son attractivité et la sécurité qu'il offre attirent les professionnels à la recherche d'un cadre plus favorable. De ce fait, la facilité à laquelle peut prétendre le petit professionnel en recourant à ce statut ne doit pas pour autant être source d'insécurité pour l'exercice de son activité.

448. - **L'entreprise individuelle : une opportunité.** Tout acteur économique qui souhaite exercer son activité sans avoir à entreprendre de démarches particulières pourra trouver ici l'instrument idéal. Les contraintes et les difficultés liées à la création d'une société sont bien éloignées de l'esprit attaché à l'entreprise individuelle : « *L'entreprise individuelle est la voie royale de la liberté d'entreprendre* »¹³²². Même si le respect de formalités est nécessaire à la création d'une telle entreprise¹³²³, le coût en est minime. Par ailleurs, à l'inverse de la forme sociale, l'entrepreneur individuel n'a pas à réaliser d'apport personnel. Les pouvoirs du chef d'entreprise sont particulièrement étendus et sa marge de manœuvre

¹³¹⁸ V. not. sur ce point : « L'auto-entrepreneur : un dispositif qui a perdu certains atouts », *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 4, juill. 2015, prat. 17, étude rédigée par Inforeg, service d'appui juridique aux entreprises de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris Île-de-France.

¹³¹⁹ L. NURIT-PONTIER, « Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risques », *D.*, 2009, chron., p. 585.

¹³²⁰ L. n° 2014-626, du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi « Pinel », *JO* du 19 juin 2014, p. 10105.

¹³²¹ Art. 27 de la loi du 18 juin 2014 dite loi « Pinel », préc.

¹³²² J. PAILLUSSEAU, « Quelles structures adaptées à la création et à la transmission des PME françaises », in *Nos petites entreprises au seuil du XXI^e siècle. De nouvelles réponses juridiques aux défis socio-économiques ?*, C. CHAMPAUD (dir.), CREDA, *Gaz. Pal.*, 06 déc. 2003, n° 340, p. 31, spéc. n° 14. *Cahier de droit de la concurrence interne et communautaire*, 9-10 nov. 2003.

¹³²³ L'article L. 123-1 du Code de commerce prévoit notamment l'obligation de s'immatriculer à un registre professionnel.

pour l'utilisation des résultats de son activité est totale. Cette opportunité offre donc une grande liberté et beaucoup de simplicité. Néanmoins, des inconvénients peuvent être mis en évidence : les intérêts nommés et la liberté offerte sont tout de même à mesurer au regard des désavantages liés à cette forme d'exercice. En raison du principe de l'unicité du patrimoine, l'entrepreneur individuel ne dispose que d'un seul patrimoine. Autrement dit, il devra répondre sur l'ensemble de ses biens personnels des dettes qui seront contractées lors de l'exploitation de son activité. De plus, s'agissant d'une entreprise individuelle, le caractère éventuel d'un financement extérieur est limité¹³²⁴. Aucun partenariat n'est possible comme dans l'hypothèse de la création d'une société. Corrélativement, cela signifie que le développement économique de l'activité ainsi conduite sera lui aussi extrêmement réduit. Cet outil apparaît donc particulièrement éloigné des objectifs recherchés de sécurité et de croissance. Des évolutions ont alors été entreprises pour privilégier à la fois la liberté et la sécurité des entrepreneurs. Un mouvement a ainsi été initié à la fin du XX^e siècle et au début du XXI^e pour tenter de protéger le patrimoine de l'entrepreneur individuel. La première intervention a été opérée avec la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle¹³²⁵. Le dispositif mis en place par le législateur de l'époque conduisait à tenter d'empêcher les créanciers de se désintéresser sur les biens personnels de l'entrepreneur individuel lorsque la créance résultait de l'exploitation de l'entreprise. Par la suite, la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique¹³²⁶ est venue instaurer le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité. Ainsi, au travers des dispositions de l'article L. 526-1 du Code de commerce a été créé « *un nouveau cas d'insaisissabilité du fait de la volonté de l'homme* »¹³²⁷. Cette législation a fait l'objet de plusieurs réformes depuis sa mise en place. Elle a été reprise par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008¹³²⁸, et plus

¹³²⁴ Outre la possibilité de souscrire des emprunts auprès des banques, le financement de l'entreprise individuelle est en pratique impossible.

¹³²⁵ L. n° 94-126, du 11 févr. 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite loi « Madelin », JO du 13 fév. 1994, p. 2493. Ces dispositions ont notamment été reprises dans l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier qui dispose : « *À l'occasion de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle, l'établissement de crédit ou la société de financement qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une société de financement ou d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de caution* ».

¹³²⁶ L. n° 2003-721, du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, JORF du 5 août 2003, p. 13449. L'article 8 de cette loi a créé un nouveau chapitre dans le Code de commerce intitulé « *De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint* », en créant notamment les articles L. 526-1, L. 526-2, L. 526-3 et L. 526-4 du Code de commerce.

¹³²⁷ Rép. Com., V° *Déclaration d'insaisissabilité*, oct. 2015, n° 4.

¹³²⁸ L. n° 2008-776, du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite loi « LME », JO du 5 août 2008, p. 12471.

récemment par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹³²⁹. Cette dernière a notamment mis en place une « insaisissabilité de droit » de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'égard de ses créanciers professionnels¹³³⁰. Outre cet instrument de plus en plus « modelé » pour assurer une protection efficace du patrimoine de l'entrepreneur individuel, il est important de revenir sur la consécration en droit français de l'Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) qui représente une évolution incontestable en faveur de l'impératif de sécurité juridique recherché par les professionnels.

449. - **La consécration de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée.** Le 15 juin 2010, avec la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée¹³³¹, une certaine révolution juridique a eu lieu, le législateur a franchi un cap depuis longtemps envisagé¹³³². Il est alors devenu possible pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée de constituer un patrimoine professionnel d'affectation sans créer de personnalité juridique. En vertu du dogme historiquement reconnu de l'unité du patrimoine, il s'agit là d'un renouveau de la théorie juridique : « *Rompant avec le dogme de l'unité du patrimoine, l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) constitue une révolution juridique* »¹³³³. Si jusqu'à la loi de 2010 il semblait difficile d'imaginer l'introduction d'un tel mécanisme en droit français¹³³⁴, les entraves jusque-là jugées « insurmontables » ont été dépassées. Cela étant, l'opportunité de la mise en place d'un tel instrument demeure source de discussions et de débats¹³³⁵. Toutes les entreprises individuelles peuvent bénéficier du statut

¹³²⁹ L. n° 2015-990, du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « Macron », JO du 7 août 2015, p. 13537.

¹³³⁰ C. com., art. L. 526-1 : « *Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne* ». (Personnellement et volontairement souligné).

¹³³¹ L. n° 2010-658, du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, JORF du 16 juin 2010, p. 10984. Ce dispositif a été complété par l'ord. n° 2010-1512 du 9 déc. 2010, le décr. n° 2010-1706 du 29 déc. 2010 et l'arrêté du 29 déc. 2010.

¹³³² V. not. pour des projets précédemment menés : C. CHAMPAUD, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL (Entreprise personnelle à responsabilité limitée) dans le droit français, RTD com., 1979, p. 579.

¹³³³ Rép. com., V° *Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, juin 2014, n° 1.

¹³³⁴ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 6^e, éd., Paris, 1942, où les auteurs présentent la théorie de l'unité du patrimoine.

¹³³⁵ Pour l'intérêt de l'instauration de l'EIRL au regard de l'existence de l'EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée), v. J.-B. BLAISE, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, op. cit., n° 430, p. 216 ; Adde, D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, op. cit., n° 389, p. 261 et 262.

de l'EIRL¹³³⁶ à condition que l'entrepreneur soit une personne physique. Grâce à cet outil l'entrepreneur individuel va pouvoir affecter une partie de ses biens à son activité professionnelle. Autrement dit, sans créer une personne juridique distincte, le professionnel, qu'il soit commerçant, artisan, agriculteur ou membre d'une profession libérale, pourra disposer de plusieurs patrimoines : d'une part, un patrimoine personnel et, d'autre part, un patrimoine professionnel auquel il va affecter des biens ; il s'agit du patrimoine d'affectation. Il faut préciser que les biens jugés indispensables à l'activité exercée sont obligatoirement affectés au patrimoine professionnel¹³³⁷, tandis que d'autres biens peuvent être utilisés dans le cadre de l'activité sans être spécialement indispensables à son exercice ; dans ce cas, l'entrepreneur aura le choix de les affecter ou non¹³³⁸. Par ailleurs, si depuis le 1^{er} janvier 2013 il est possible de créer plusieurs patrimoines d'affectation par le même entrepreneur, il ne peut pas, selon l'article L. 526-6 du Code de commerce affecter un même bien à deux patrimoines différents. De plus, chaque bien doit être précisément évalué dans la déclaration d'affectation. Ce qui conduit parfois à l'intervention d'un professionnel, notaire ou expert, pour évaluer leur montant¹³³⁹. Enfin, il est essentiel d'être attentif aux conditions et formalités mises en place pour déposer une déclaration d'affectation valide¹³⁴⁰. En vue de sa simplification, le régime de l'EIRL a fait l'objet de quelques modifications récentes apportées par la loi du 18 juin 2014 dite loi « Pinel »¹³⁴¹ et la loi du 22 mai 2019 dite « loi PACTE »¹³⁴². Parmi les mesures intéressant le besoin de sécurité et la recherche d'un développement économique plus efficace, il faut relever la modification de l'article L. 526-7 du Code de commerce qui allège les formalités de déclaration auprès du registre concerné et qui simplifie la mobilité de l'EIRL en cas de transfert de registre¹³⁴³. Également, les obligations de l'EIRL

¹³³⁶ C. com., art. L. 526-6.

¹³³⁷ L'art. 3 du décr. n° 2012-122, du 30 janv. 2012 relatif à l'entrepreneur à responsabilité limitée, *JORF* du 31 janv. 2012, p. 1761, est venu préciser ce qu'il fallait entendre par « biens nécessaires ». Ainsi, le nouvel article R. 526-3-1 du Code de commerce dispose que « pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 526-6, les biens, droits, obligations et sûretés nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle s'entendent de ceux qui, par nature, ne peuvent être utilisés que dans le cadre de cette activité ».

¹³³⁸ À titre d'illustration, le fonds de commerce, support de l'activité de l'entrepreneur, ou encore le matériel indispensable à l'exercice de cette activité, devront obligatoirement être affectés à son patrimoine professionnel, alors qu'à l'inverse un véhicule n'est pas toujours jugé comme nécessaire à l'activité à l'exception cependant de certains véhicules spécifiquement utilisés pour elle, par exemple dans le cadre d'une auto-école, de la camionnette d'un fleuriste effectuant des livraisons ou du petit producteur faisant les marchés.

¹³³⁹ C. com., art. L. 526-10. Not. pour les immeubles, l'intervention d'un notaire est obligatoire ou encore pour les biens d'une valeur supérieure à 30 000 euros, un expert doit intervenir.

¹³⁴⁰ Pour aider les entrepreneurs individuels dans cette démarche, l'article A. 526-3 du Code de commerce présente un modèle type, facultatif, de déclaration d'affectation (Annexe 5-2).

¹³⁴¹ L. n° 2014-626, du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, *JORF* du 19 juin 2014, p. 10105, not. au travers des art. 33 à 36 de cette loi.

¹³⁴² L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n° 0119 du 23 mai 2019, texte n° 2.

¹³⁴³ C. com., art. L. 526-7 alinéa 2. Il faut souligner ici le caractère totalement gratuit de cette démarche.

de publier chaque année les informations concernant l'ensemble de ses comptes annuels ont été allégées. Désormais, l'entrepreneur est uniquement soumis à l'obligation du dépôt annuel de son bilan¹³⁴⁴. Le renforcement de la sécurité au travers de la création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée est notoire. Par ce mécanisme d'affectation des biens au patrimoine de l'EIRL, les créanciers ne pourront agir que sur les biens constituant le patrimoine d'affectation¹³⁴⁵. Même si le formalisme relatif à la constitution d'une telle entreprise demeure complexe, les réformes récentes tendent à favoriser un allègement et une simplification de celui-ci. De même, concernant les discussions évoquées précédemment au travers desquelles certains auteurs font état de leur perplexité sur la réelle opportunité de recourir à l'EIRL¹³⁴⁶, et la question est légitime, il est important de rappeler que cette forme d'entreprise n'engendre pas la création d'une personne morale. De fait, l'entrepreneur pourra disposer de ses revenus¹³⁴⁷, sans craindre une quelconque atteinte à l'intérêt social, comme cela pourrait être le cas lorsqu'un professionnel exerce son activité sous la forme sociétaire. En dépit de la souplesse offerte, tous les petits professionnels n'auront peut-être pas recours à cette forme d'exercice qui pourtant est sans conteste source de protection pour eux.

450. - **Synthèse.** Les statuts analysés apportent une véritable souplesse à l'exercice de l'activité du petit professionnel. Pour autant, ils n'offrent pas de garantie quant au développement de son activité, parfois limitée dans son chiffre d'affaires, ou encore concernant l'éventuel pouvoir de négociation dont il pourrait bénéficier, notamment pour les prix. Il n'est donc pas possible de déclarer sans réserve que tous les petits professionnels seront des entreprises individuelles ou des micro-entrepreneurs et que tous les opérateurs plus puissants feront le choix d'une structure sociale. En effet, une telle affirmation serait hâtive et s'avèrerait un peu réductrice. Cependant, cette approche met tout de même en évidence des raisons qui poussent à opter pour tel ou tel choix de forme d'exercice et donc à identifier certaines faiblesses et vulnérabilités, ou à l'inverse, la force et la puissance dégagées par l'exploitant concerné. Une étude sociologique détaillée sur les petites entités du marché a pu

¹³⁴⁴ C. com., art. L. 526-14 al. 1^{er}; C. com. L. 526-19 al. 1^{er}.

¹³⁴⁵ Selon l'article L. 526-12 du Code de commerce, les créanciers dont les droits sont nés, d'une part, à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté et, d'autre part, après la déclaration d'affectation ne pourront être désintéressés que sur ce patrimoine affecté. *A contrario*, les créanciers dont le gage est limité au patrimoine non affecté, c'est-à-dire le patrimoine personnel de l'entrepreneur, ne pourront pas agir contre les biens du patrimoine affecté.

¹³⁴⁶ V. *supra* n° 448.

¹³⁴⁷ C. com., L. 526-18 : l'EIRL est libre de décider s'il verse les revenus de son activité professionnelle dans son patrimoine non affecté ou non. L'article L. 526-12 du Code de commerce instaure tout de même certaines limites à cette liberté.

mettre en exergue que « *la plupart des petits professionnels [...] ne recherchent pas la croissance en taille de leur entreprise* »¹³⁴⁸, ce qui est de nature à expliquer le choix de certains acteurs de petite taille à privilégier des structures souples leur permettant d'assurer un suivi plus simple de leur activité et de mieux connaître son fonctionnement, sa clientèle ou sa marge de progression.

II. Une approche fonctionnelle

451. - **Présentation.** Même si l'expression « petit professionnel » est employée ici et là, ni le droit français, ni le droit européen n'en donnent de définition en tant que contractant représentant une catégorie spécifique et intermédiaire située entre le consommateur ou le non-professionnel et le professionnel, ce qui est regrettable. Néanmoins, nombre de situations et nombre de relations contractuelles font ressortir le petit professionnel sans totalement l'absorber. Les différentes formes d'entreprises montrent où il se trouve et dévoilent quelques-unes de ses caractéristiques. La notion reste délicate à saisir. Il paraît donc préférable, dans un premier temps, de privilégier une approche fonctionnelle.

452. - **Explications.** Le petit professionnel ne semble pas s'intégrer d'emblée au paysage et aux règles générales du droit. Cependant, cette notion ne doit pas demeurer méconnue. Quand bien même elle serait perçue comme sans objet normatif, pressentie alors à des fins utilitaires et donc fonctionnelles, elle permettrait d'offrir des opportunités et d'ouvrir des horizons dépassant les buts jusque-là fixés par le droit. Cela doit se faire tant au regard des situations particulières qu'elle évoque, qu'au regard de ses finalités sur un plan plus large dépassant l'intérêt même du petit professionnel et ouvrant à une vision de marché.

S'il est acquis que le professionnel à protéger est le petit professionnel, alors la notion de petit professionnel a vocation, dans une certaine mesure, à regrouper les professionnels « faibles ». Cependant, ce n'est semble-t-il pas là sa véritable mission ; il ne s'agit que d'une étape. En effet, pour le comprendre, l'analyse précise de la situation de chaque professionnel, puis la définition des critères selon lesquels un professionnel peut être qualifié de petit professionnel, seront de nature à déterminer et à justifier l'attention spécifique qu'il nécessite. Dans ces conditions, il sera possible d'apprécier les apports découlant d'une véritable prise en

¹³⁴⁸ A. MALLARD, *Petit dans le marché. Une sociologie de la Très Petite Entreprise*, Paris, Presses des Mines, coll. Sciences sociales, 2011, n° 14, p. 235.

compte de la taille du professionnel tout en gardant à l'esprit que « *L'activité économique doit se subordonner à un ordre supérieur, que le plus grand gain n'est pas toujours le plus grand bien, et que, pour le commerce, comme pour la vie quotidienne, la qualité doit l'emporter sur la quantité* »¹³⁴⁹.

453. - **Promotion du petit professionnel par le contrat.** La promotion du petit professionnel participe à la moralisation de l'économie, et particulièrement des comportements. L'idée est de faire prendre conscience à l'ensemble des acteurs économiques, notamment les grandes entreprises ou les grosses sociétés, que les agissements doivent être régulés pour tendre à un certain équilibre. L'État n'est pas, dans cette hypothèse, le seul à pouvoir agir. Dans un cadre privé, le contrat constitue l'instrument par excellence permettant d'encadrer les actes et les conduites pour tendre à plus d'équité, de moralité et d'égalité.

Une véritable prise de conscience du phénomène existant autour du petit professionnel semble désormais amorcée et en cours d'élaboration, notamment au niveau européen. Depuis longtemps, la Commission a estimé que le contrat, en tant que support des échanges économiques, doit permettre la promotion du marché unique. C'est pourquoi, les instances européennes ont mis en place un mouvement important en faveur de l'encadrement des relations contractuelles. De fait, « *la Commission veut que les citoyens profitent pleinement du marché intérieur* »¹³⁵⁰. Cependant, l'influence du droit européen conduit à un écueil principal. L'objectif poursuivi par l'Union européenne au travers du droit instauré par les normes mises en place notamment en droit de la consommation et en droit de la concurrence, est la régulation du marché. L'approche est donc surtout économique, mais elle doit se traduire concrètement en termes juridiques. Aucun aspect social, ni de justice contractuelle n'est véritablement appréhendé. La politique économique, spécialement européenne en faveur de la promotion des PME, doit être précisée et approfondie en leur allouant par exemple plus de ressources. En ce sens, l'outil contractuel peut assurer ce rôle de complément permettant d'équilibrer les situations, et donc au petit professionnel de compter. Les intérêts social et

¹³⁴⁹ P. OURLIAC, « Le passé du « consumerism » », in *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, T. XXVII, 1979, p. 227 et 228. L'auteur défend également l'idée qu'il faut tenir compte de l'histoire et en retenir les enseignements. Ainsi le droit doit dominer l'économie et non l'inverse. En ce sens, la notion de petit professionnel permet indéniablement et dans une certaine mesure de moraliser les relations juridiques et économiques en étant attentif à la nécessité d'appréhender l'ensemble des acteurs économiques pour ce qu'ils sont et pour ce qu'ils peuvent faire, et pas seulement pour ce qu'ils sont susceptibles ou doivent rapporter en matière financière ou économique. Ici le petit professionnel prend donc une place privilégiée.

¹³⁵⁰ Livre Vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM (2010) 348 final, 1^{er} juill. 2010, p. 2.

économique peuvent aller de pair dès lors qu'il est pris conscience de l'intérêt collectif général, tant d'un point de vue individuel, que du point de vue du marché.

Par ailleurs, si le principe selon lequel le petit professionnel doit bénéficier d'une protection pour des raisons économiques évidentes n'est pas entravé, il est source de confusion et de problème pour la mise en place d'une telle protection. L'idée existe, puisqu'elle est apparue au travers des discussions autour d'un règlement optionnel pour un droit commun de la vente, mais sa concrétisation est discutée et mise en échec par les réfractaires et par les outils utilisés demeurant inefficaces.

454. - **Nécessité d'action.** L'abus de puissance économique est inhérent à tout système de production et de distribution lorsque des écarts sont créés par l'économie libérale. Ainsi, la permission d'une presque totale liberté d'action sur le marché et donc la création d'inégalités, obligatoires dans une certaine mesure, ne doit pas justifier l'existence de déséquilibres devenus intolérables et pire, qui engendrent l'exclusion totale d'acteurs économiques ou, dans le meilleur des cas, rendent difficile leur subsistance. Tolérer une telle situation ne veut pas dire l'accepter et, le cas échéant, l'accepter ne signifie pas qu'elle doit demeurer figée.

455. - **Risques et correction.** Le petit professionnel ne menace pas le droit commun des contrats, en tous cas pas plus que le consommateur ou d'autres acteurs dont la prise en compte spécifique est susceptible de générer des craintes. Le droit commun demeure la matrice centrale du droit des contrats, et il ne doit pas se sentir en danger par l'émergence éventuelle de normes particulières visant à prendre en compte des contractants, comme le petit professionnel. Pourquoi se priver d'un indicateur, d'une notion qui permettrait au droit de se retrouver plus près de la réalité ? Des exceptions existent et ont toujours existé, pourquoi alors faire comme si de rien n'était et nier l'existence d'un contractant parfaitement visible ? Sans assurer une véritable équivalence des prestations, voire un équilibre parfait de celles-ci, l'objectif ici est bien de lutter contre les déséquilibres excessifs engendrés par les rapports inégalitaires¹³⁵¹.

456. - **Intérêt théorique à la prise en compte du petit professionnel.** Le petit professionnel peut-il constituer une nouvelle catégorie de contractants ? Il n'est pas

¹³⁵¹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 603.

contestable qu'il se présente sous des formes très diversifiées : PME, petits commerces, petits artisans, micro-entrepreneurs, etc. Ne serait-il alors qu'un nouveau genre de contractant, une nouvelle boussole permettant d'appréhender les dispositions existantes, d'apprécier ces dernières et de les appliquer de manière particulière en sa présence ?

Ainsi, dans un premier temps, le petit professionnel serait de nature à faciliter et clarifier la mise en œuvre de ces instruments ayant pour vocation de protéger la partie faible. Son identification dans la relation contractuelle constituerait indéniablement un axe d'appréciation et, *a minima*, une première possibilité dans l'hypothèse de son approche. Toutefois, il semble que la notion ne donne pas tout son potentiel dans cette éventualité. En outre, la classification des différentes parties au contrat se trouverait également simplifiée, dès lors que l'absence de prise en compte véritable du petit professionnel conduit à certains écueils. Cela lui permettrait, d'autre part, de bénéficier de règles dérogatoires, propres à son statut. L'apparition du petit professionnel contribue-t-elle, par ailleurs, à simplifier la délimitation du champ d'application des droits spéciaux ? Il pourrait en ce sens constituer de nouveau une boussole pour appliquer les dispositions dans chacune de ces branches.

457. - **Intérêt pratique à la prise en compte du petit professionnel.** L'utilité pratique de la catégorie du petit professionnel est réelle. Elle permet une juste prise en considération de la position de dépendance économique dans laquelle se trouvent certains professionnels, de leur situation de vulnérabilité ou de faiblesse en découlant. La notion de petit professionnel a donc une fonction pratique indéniable dès l'instant que de nombreux contrats sont conclus chaque jour et régulièrement entre des professionnels de tailles diverses, et dont quelques-uns s'avèrent lésés par leur condition d'infériorité qui peut impliquer des difficultés personnelles. L'apparition de cette notion n'a en aucun cas pour but de « *tuer les initiatives, d'arrêter les expansions, de pousser à l'inertie* »¹³⁵² comme le fait souvent craindre l'intervention trop importante du droit dans les affaires. Mais bien à l'inverse, son sens est de favoriser le développement du marché, l'acceptation de tous et l'équilibre des relations. Bien entendu, la prise en considération de la notion de petit professionnel n'est pas

¹³⁵² R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. Approfondissement d'un droit renouvelé*, Troisième série, Dalloz, 1959, n° 522, p. 199. L'éminent auteur invite ici à se rapprocher du droit trop souvent craint ou négligé, ce pour « *apprendre à l'homme d'affaires à discerner, dans le droit qui l'épaule, sa protection, sa sécurité, son guide, sa liberté, en lui ouvrant les yeux sur sa propre vie juridique* ». La notion de petit professionnel s'inscrit dans cette démarche, elle ne doit pas être crainte, mais plutôt plébiscitée dans l'intérêt de tous : contrôle plus concret des abus, connaissance de ses droits, application efficace des droits, garantie de protection, etc.

sans créer certains doutes. Par exemple, apprécier la taille de son partenaire contractuel n'est pas toujours aisé et il conviendra de prendre en compte cette difficulté.

458. - **Conclusion de la Section I.** Le caractère variable de la notion de petit professionnel et la diversité à laquelle elle est soumise nécessitent de déterminer le but recherché pour que soient ajustées les règles applicables à la situation de cet acteur particulier. Malgré le privilège accordé à l'approche fonctionnelle par rapport à une véritable approche conceptuelle, il est nécessaire d'oser un essai de définition du petit professionnel afin de rassembler ses caractéristiques et ouvrir la voie à une nouvelle notion.

Section II : Un essai de définition

459. - **Présentation.** Les difficultés rencontrées par le petit professionnel ont amené à s'interroger sur la légitimité qu'aurait cet acteur de bénéficier d'un statut afin d'améliorer ses relations avec ses partenaires. Les raisons conduisant à un tel traitement de « faveur » et à la mise en place éventuelle de certains avantages à son profit ont été constatées et sont nombreuses. À partir de l'absence d'attention vis-à-vis de lui et des difficultés à l'appréhender, il faut maintenant considérer ce qu'il représente réellement.

460. - **Plan.** Déterminer la notion de petit professionnel nécessite de présenter la méthode à adopter (I), ainsi que de revenir sur les propositions déjà envisagées (II), afin d'étayer l'ébauche d'une définition (III).

I. Méthode

461. - **Prise de conscience.** Existant mais jusqu'alors ignoré du droit, le petit professionnel doit faire l'objet d'une véritable appréciation. Toutefois, s'orienter vers une détermination précise de la notion nécessite de sortir des sentiers battus. En ce sens, il convient de garder à l'esprit que *« les vérités premières sont peut-être celles qui appellent le contrôle le plus rigoureux : leur souveraineté est due, pour une bonne part, à une longue accoutumance et à la paresse de l'esprit humain, enclin à suivre le sillon déjà tracé plutôt qu'à en tracer un nouveau : examinés de près, certains axiomes séculaires perdent beaucoup*

de leur évidence et de leur ampleur »¹³⁵³. Les petits professionnels constituent des agents économiques particulièrement importants¹³⁵⁴. Ils permettent, à la fois, de générer de la croissance économique au travers de la création d'emplois, et aussi d'entraîner des avancées technologiques par leur aptitude à être innovants. Le dynamisme de ces professionnels et leur capacité à réagir sont des atouts qui leur permettent de représenter une part fondamentale de l'activité et des acteurs économiques. Cependant, leur taille représente en quelque sorte leur « talon d'Achille ». Dès lors que le marché est en mouvement, ils sont les premiers à en subir les mutations. La reconnaissance de leur petite taille est précieuse : si leur poids économique d'ensemble est indéniable, il se retrouve contrebalancé par une faiblesse individuelle évidente.

462. - **Préoccupations doctrinale et pratique.** Si le consommateur a pu bénéficier depuis la deuxième partie du XX^e siècle d'un régime spécifique assurant sa protection, « *la situation du contractant professionnel n'a [...] guère retenu l'attention du législateur et du juge* »¹³⁵⁵. Pour autant, cela n'a pas empêché la doctrine et la pratique de constater, que si le professionnel est présumé compétent en vertu de son statut, il n'est pas pour autant toujours couvert par celui-ci, notamment lorsqu'il est considéré comme petit¹³⁵⁶. De fait, certains auteurs ont estimé nécessaire de justifier une prise en compte particulière de ces petits professionnels. Par exemple, Monsieur le Professeur VOINOT a souligné que « *toute législation pouvant avoir un impact sur l'entreprise doit être élaborée en tenant compte du particularisme des petites entreprises* »¹³⁵⁷. La doctrine ne reste donc pas insensible à ces besoins. De même, les instances européennes ont précisément été attentives à la situation de cet opérateur économique.

¹³⁵³ L. JOSSERAND, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D. H.*, 1932, chron., n° 1, p. 1.

¹³⁵⁴ Comme déjà mentionné, ils se retrouvent souvent dans les petites entreprises qui représentent une part non négligeable de l'activité économique des pays notamment européens.

¹³⁵⁵ P. CRAMIER, « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (1^{re} partie) », *LPA*, 12 juin 2000, n° 116, p. 4.

¹³⁵⁶ P. CRAMIER, *ibid.* ; du même auteur « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (2^e partie) », *LPA*, 13 juin 2000, n° 117, p. 4, et « Essai de la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (suite et fin) », *LPA*, 14 juin 2000, n° 118, p. 7 ; v. égal. sur ce point : M. FONTAINE et J. GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996 ; C. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris : Economica, Collection Etudes juridiques, 1998 ; D. MAZEAUD, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 528 et s.

¹³⁵⁷ D. VOINOT, « Les petits professionnels », *Mélanges en l'honneur de la Professeure Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ*, 2012, p. 565, spéc. p. 570.

463. - **Standardisation du petit professionnel.** L'idée de procéder à une standardisation du petit professionnel offre une meilleure prise en compte de celui-ci et permet d'envisager une application plus efficace des normes à son encontre. Le caractère « indéterminé » du standard¹³⁵⁸ concède à l'évidence une véritable flexibilité dans son appréciation¹³⁵⁹. À cet égard, il convient de relever la souplesse permise par une telle approche. Le standard donne, en effet, une certaine liberté en ce qu'il « *ne se réfère pas à une connaissance légale exacte appliquée strictement, mais au sens commun ; - n'est pas formulé de manière absolue et n'est pas pourvu d'un contenu précis mais est relatif aux temps, lieux et circonstances* »¹³⁶⁰. La mise en forme du standard du petit professionnel apporte donc une réelle opportunité d'adapter les règles à sa situation spécifique. En outre, cela confère plus de possibilités pour le juge qui va disposer d'un « *véritable pouvoir normatif* »¹³⁶¹. Aussi, si la malléabilité et le pragmatisme offerts par le standard ouvrent la porte, pour certains, à l'insécurité juridique, ils permettent par ailleurs de faire évoluer les normes en les simplifiant, étant rappelé que le Juge est le garant de l'application du droit par son impartialité. C'est pourquoi l'intérêt du petit professionnel est d'avoir recours au standard dès lors que celui-ci est plus apte à « *protéger les intérêts des individus en encadrant les comportements des personnes physiques et morales* »¹³⁶². Cette technique introduit ainsi l'élasticité nécessaire à l'appréciation du petit professionnel dans sa diversité, spécialement pour le législateur ou encore le juge, et permet donc au divers ordres juridiques de mieux s'articuler entre eux.

464. - **Intervention européenne.** Tout professionnel, y compris le petit, devant pouvoir accéder au marché de la même manière que les autres, son besoin de protection mis en évidence par les constats effectués n'est-il pas, à cet égard, appréhendé au travers de la promotion du marché ? Principalement, au niveau européen, la volonté de promouvoir et de réaliser le marché intérieur semble être déterminée par une certaine instrumentalisation des petits professionnels et de leur besoin de protection. Les initiatives européennes en faveur des

¹³⁵⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, v° « Standard », p. 978. Le standard est ainsi caractérisé « *pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé* ».

¹³⁵⁹ Pour une approche générale : J.-L. BERGEL (dir.), *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, Actes du premier congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Aix-en-Provence, sept. 1988, PUAM, 1988.

¹³⁶⁰ S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, n° 38, 2018, doct. 1003, spéc. n° 10.

¹³⁶¹ S. NERON, *ibid.*

¹³⁶² S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », art. préc., spéc. n° 19. L'auteur souligne également l'importance de recourir au standard en ce qu'il permet plus aisément de faire évoluer le droit en fonction des faits et des mœurs.

PME, au même titre que certains projets initiés, ont mis en avant la spécificité du petit professionnel au travers de sa prise en compte. De fait, il est nécessaire d'en revenir à une conception plus sociale et plus humaniste car au cœur des préoccupations de celle-ci, se trouve cet acteur économique : le petit professionnel. Ainsi, sont mises en avant son implication et par la suite sa confiance dans le marché.

465. - **Confiance dans le marché.** Si la protection du marché, en particulier au niveau européen est apparue indiscutable, il ne s'agit pas de l'unique finalité économique résultant du besoin de protection du petit professionnel. La protection de l'activité économique essentielle de cet acteur passe également par la protection des fruits de son activité et de la possibilité pour lui de s'étendre. Chaque acteur économique doit pouvoir croire en ses chances d'insertion et de croissance sur le marché. Le besoin de confiance dans le marché est très important pour le petit professionnel du point de vue de la place qu'il occupe et des éléments qui le caractérisent. Ainsi, « *l'équivalence des droits [...] doit donner [...] la confiance nécessaire pour jouer son rôle d'acteur économique dans le marché intérieur* »¹³⁶³. Cette réflexion faite à propos du consommateur semble parfaitement transposable à l'hypothèse du petit professionnel. Pour assurer l'adhésion de cet acteur au modèle de l'économie libérale, il est donc impératif de développer sa confiance dans le marché. Toutefois, concevoir une approche, une définition et une protection du petit professionnel ne peut s'admettre qu'au travers du contexte économique et social précédemment évoqué et dans lequel évolue cet acteur. La taille inférieure du petit professionnel le rend obligatoirement dépendant sur certains points. Par contre, la plupart des petits professionnels ne peuvent pas exister sans des professionnels plus grands. Le rappel de cette évidence est essentiel lorsqu'il y a lieu d'apprécier les conséquences de la prise en compte du petit professionnel sur les autres acteurs économiques. Par exemple, tout artisan a besoin de matériaux qu'il se procure auprès de grandes entreprises. Cela est aussi visible dans la grande distribution, les commerçants, les prestataires de service, les sous-traitants, etc., peuvent exister car un partenaire plus puissant, disposant d'un nom ou d'une marque reconnue va leur offrir des opportunités. La catégorie de petit professionnel prend le risque d'une grande hétérogénéité en raison de cette diversité d'acteurs et de leur taille différente. La mise en place de règles juridiques précises et adaptées de même qu'une réglementation

¹³⁶³ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, avec le concours de E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommations. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 2, p. 4.

spécifique au profit du petit professionnel passe nécessairement par une prise en compte de ses caractéristiques économiques et sociales au regard de l'objet de la règle pensée, de la finalité et des objectifs qu'elle poursuit. Si le droit a longtemps semblé réticent à l'utilisation de l'analyse économique, il admet aujourd'hui, le rôle déterminant qu'elle peut jouer¹³⁶⁴. La recherche de la place occupée par les petits professionnels sur le marché est primordiale car elle aide à appréhender leur existence et à mieux comprendre leurs besoins. Par ailleurs, cette réflexion amène à apprécier les questions de morale, de justice, voire de sécurité spécifiques aux relations entre professionnels.

466. - **Critère(s) et arbitraire.** Le domaine des relations contractuelles en général a du mal à tenir compte d'éléments comme les critères ou les seuils. Ces derniers apparaissent plus faciles à adapter dans le cadre d'une politique sociale et économique que dans le cadre des relations contractuelles où, comme cela a été vu, la liberté et la sécurité priment ou sont à tout le moins privilégiées. Néanmoins, la classification et la détermination de catégories reposent nécessairement sur l'utilisation de critères¹³⁶⁵. La notion de petit professionnel n'a de sens qu'en étant définie par des critères précis, indices essentiels dans l'approche, et dont il faut faire le choix. Ce n'est qu'en recourant au critère qu'il sera possible de déterminer la catégorie juridique du petit professionnel et d'exclure les personnes qui n'y sont pas rattachées¹³⁶⁶. À l'évidence, le recours au critère engendre une forme de discrimination dès lors qu'il a pour fonction d'inclure, mais aussi d'exclure¹³⁶⁷. Pour le petit professionnel, est-ce son activité, son chiffre d'affaires ou encore sa structure, voire la présence ou non d'un juriste au sein de l'activité, qui doivent être pris en considération ? Définir c'est nécessairement exclure. Cela engendre un risque d'arbitraire sur le choix des critères et sur leur appréciation.

467. - **Difficultés.** Tenter l'esquisse d'une définition du petit professionnel semble hasardeux et délicat, tant la diversité de ses manifestations et de ses modes d'existence rend complexe la conception unique de cette notion. Néanmoins, cela n'interdit pas d'apporter une

¹³⁶⁴ Sur ce point, v. not. : Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004, p. 304 et s.

¹³⁶⁵ Le critère constitue, en effet, un outil indispensable dans la tâche de qualification et de classification dévolue au juriste. Ce dernier ne peut procéder à des catégorisations sans recourir aux critères. Le petit professionnel ne peut être inséré dans le paysage juridique sans critère(s) de rattachement. Sur l'approche et l'utilisation du critère : D. BUREAU, « Vers un critère général ? », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et Fr. LABARTHE (dir.), *Économica*, p. 53.

¹³⁶⁶ Ce qui permettra par la suite de caractériser le régime juridique applicable.

¹³⁶⁷ Cependant, n'est-ce pas le propre de toute définition ? Sur les fonctions de « liaison » et de « dissociation » du critère, v. not. : D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, op. cit., n° 46, p. 38.

ébauche de définition, qui pourra sans nul doute être complétée, modifiée, et améliorée au gré des évolutions pratiques voire théoriques à son propos. La présente étude n'a, bien évidemment, pas la prétention de revenir sur la définition générale du professionnel, mais les caractères communs identifiés de certains professionnels « parties faibles » établissent une base à la définition recherchée du petit professionnel, tout en admettant leur diversité dans cette volonté d'unification. Si difficile soit-elle, cette démarche, en dépit des limites qu'elle peut présenter, ne doit pas demeurer impossible. Pour pallier l'absence de définition légale précise et concrète du petit professionnel, certaines pistes ont, malgré tout, été proposées, principalement par le biais de notions plus économiques que juridiques¹³⁶⁸. En effet, la doctrine et divers auteurs n'ont pas attendu une intervention législative pour s'intéresser à la situation du petit professionnel¹³⁶⁹. Dans cette optique, plusieurs propositions quant à la prise en compte de la taille du contractant professionnel ont été avancées.

II. Propositions

468. - **Présentation.** Les principales propositions relatives à l'appréciation de la taille du professionnel contractant et à la mise en place de seuils proviennent du droit européen. Plus précisément, elles s'inscrivent dans la volonté des instances européennes de tendre à un droit commun des contrats, ou à tout le moins, vers une uniformisation du droit européen des contrats. Cette volonté d'harmoniser le droit des contrats est prégnante depuis la fin du XX^e siècle, mais c'est plus récemment encore que la Commission européenne a présenté un véritable projet à concrétiser. En ce sens, un livre vert a été présenté par la Commission européenne en 2010 afin de mettre en évidence les options offertes et les méthodes à utiliser¹³⁷⁰. Également, une étude de faisabilité d'un droit européen des contrats réalisée à la demande de la Commission européenne a été publiée¹³⁷¹.

¹³⁶⁸ À l'image de la considération accordée à l'entreprise, et particulièrement ici à la PME.

¹³⁶⁹ V. not., de manière non exhaustive : D. VOINOT, « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure FRANÇOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 565 ; D. MAZEAUD, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 528 ; P. HABBA, *Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé*, th. Paris Nanterre, 2017.

¹³⁷⁰ Sur le même modèle qu'en matière de droit de la consommation dans le cadre duquel la Commission européenne a adopté le 8 févr. 2007 le « Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs », COM(2006) 744 final (sur lequel v. not. : B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Livre vert sur le droit européen de la consommation. Réponses françaises*, SLC, vol. 5, 2007), un processus de communication portant sur les actions envisageables pour améliorer le droit européen des contrats a été lancé : « Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises », COM(2010) 348 final, du 1^{er} juill. 2010. Sur lequel v. not. :

469. - **Rappel sur les seuils existants.** Il n'existe pas moins de 39 seuils dans le Code de commerce qui sont utilisés pour la mise en œuvre de certains régimes et de dispositions particulières. Par exemple, pour qu'une entreprise demeure immatriculée au répertoire des métiers ou au registre des entreprises, son effectif devra atteindre ou dépasser onze salariés tout en restant inférieur à 250. Cela démontre que mettre en place de tels seuils est tout à fait envisageable, même dans les relations contractuelles, et le droit ne se prive pas de leur utilisation.

470. - **Plan.** Ainsi, plusieurs critères de nature économique ont été dégagés dans divers domaines (A), ce qui a été spécialement relevé au niveau européen en donnant lieu à la mise en place d'une véritable politique en faveur des petits (B). Celle-ci tend aujourd'hui à s'inscrire dans le droit français (C).

A. Les critères généraux de nature économique

471. - **Généralités.** Avant d'approfondir quelques textes et propositions réellement évocateurs quant à la prise en compte de la taille en droit des contrats, ou en droit de la concurrence, un retour général sur les principaux critères souvent retenus ou pris en compte pour une analyse économique et moins civiliste de la relation contractuelle semble profitable.

472. - **Dépendance et relations d'affaires.** Dans les relations d'affaires, en réalité, si l'état de dépendance est souvent d'ordre économique, il peut également être d'ordre contractuel, informationnel ou technique, au même titre que dans les relations de consommation. À ce titre, l'analyse du droit allemand et des critères de dépendances évoqués par Monsieur MÄSCH est précieuse¹³⁷². L'auteur reprend ainsi les hypothèses de dépendance

O. DESHAYES (dir.), *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises. Contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, coll. LEJEP, 2011.

¹³⁷¹ V. not., Transactions transfrontalières : la Commission européenne publie une étude de faisabilité d'un droit européen des contrats réalisée, à sa demande, par un groupe d'experts, Bruxelles, 3 mai 2011, *IP/11/523*, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-523_fr.htm.

¹³⁷² G. MÄSCH, « La protection contre la rupture des relations commerciales – La perspective allemande », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 163, spéc., p. 168.

pouvant être fondées sur la gamme limitée de produits proposés par un vendeur¹³⁷³, ou à l'inverse sur les possibilités limitées de distribution d'un produit¹³⁷⁴. Il s'agit également de l'hypothèse dans laquelle l'acteur économique aura une relation d'exclusivité avec son partenaire¹³⁷⁵, voire de la situation plus radicale de pénurie de produits¹³⁷⁶. Dans cette optique, les indications reprises dans l'appréciation d'un état de dépendance économique semblent pertinentes dès lors qu'elles tendent à préciser la position d'un professionnel en état d'infériorité, ce bien souvent en raison de sa taille ou de son poids économique, desquels va découler sa puissance économique. En effet, si en raison de difficultés elles n'ont pas permis une application optimale de la notion d'abus de dépendance¹³⁷⁷, elles constituent des pistes importantes et non négligeables dans l'identification du petit professionnel. En ce sens, certains critères ont été posés par le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence¹³⁷⁸, dont plusieurs décisions sont venues éclairer et apporter des précisions importantes dans l'approche et l'identification du petit professionnel¹³⁷⁹. À titre d'exemple, s'agissant de la prise en compte de critères lors de la dépendance d'un distributeur envers un fournisseur, une décision relativement ancienne du Conseil de la concurrence a considéré que la situation de dépendance économique s'apprécie, dans cette hypothèse, « *en tenant compte de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents* »¹³⁸⁰, étant précisé que ces critères doivent être simultanément présents.

¹³⁷³ Il s'agit ici des petits commerces qui ne peuvent pas offrir le même choix de produits que les grandes surfaces, par ex., et dont la gamme proposée se limite à quelques références.

¹³⁷⁴ Par ex., lorsque les distributeurs se restreignent à quelques références et que les fournisseurs ne trouvent pas de moyens pour écouler leurs produits.

¹³⁷⁵ Il est intéressant d'évoquer ici la distribution sélective pratiquée, par ex., dans le domaine automobile, où les concessionnaires sont rattachés à un seul producteur automobile, ce qui ne leur permet pas d'étendre leurs capacités de vente à d'autres marques. Égal., les entreprises franchisées unies à un partenaire plus important par un contrat qui les autorise à utiliser sa marque ou son enseigne et qui, en contrepartie, les lie par l'obligation d'une redevance, l'achat de marchandises, etc., constituent un autre exemple.

¹³⁷⁶ Dans cette hypothèse, la possibilité d'élargir ses relations à plusieurs producteurs se trouve par la force des choses limitée, seuls quelques-uns pouvant encore accéder au produit.

¹³⁷⁷ V. *supra* n° 242 et s.

¹³⁷⁸ Depuis la loi dite « LME » du 4 août 2008.

¹³⁷⁹ Pour une analyse générale récente : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence. Le droit français de la concurrence est-il devenu trop rigide ? », CCC, n° 6, juin 2019, dossier 2.

¹³⁸⁰ Décision n° 89-D-16 du 2 mai 1989 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques anticoncurrentielles reprochées par la Société CHAPTAL S.A. à la Société MERCEDES BENZ France, *Conseil de la concurrence, Troisième rapport d'activité*, 1989, Annexe 23, p. 62.

473. - **Application stricte des critères.** La fermeté des décisions prises par les autorités de la concurrence lors de l'application des critères de nature économique est assez prégnante. Il a ainsi été jugé que « *la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique* »¹³⁸¹. Mais ces critères sont critiquables notamment dans leur appréhension globale car la présence simultanée de plusieurs d'entre eux conduit nécessairement à une application étroite des dispositions protectrices mises en place et donc à une mauvaise prise en compte de la situation de certains petits professionnels. Ainsi, dans la décision évoquée du Conseil de la concurrence sur les pratiques relevées dans le secteur du transport de béton prêt à l'emploi dans l'Oise¹³⁸², les conditions imposées n'ont pas permis de caractériser la dépendance économique.

474. - **Constat.** Qu'il soit question des rapports entre fournisseurs et distributeurs, ou entre un concessionnaire et un concédant, le besoin de protection résulte de manière générale du déséquilibre des forces en présence. Or, la cause de ce déséquilibre réside quant à elle majoritairement du différentiel de taille entre les contractants en cause. En effet, le rapport de force est déséquilibré parce que l'un des contractants disposent de plus de moyens, d'un statut plus imposant, et donc d'une taille plus grande par rapport à l'autre qui est en position d'infériorité et se retrouve dépourvu de tous ces avantages.

B. Une politique européenne en faveur des petits

475. - **Prémices et politique européenne : recommandation européenne du 6 mai 2003.** Très tôt, la taille des entreprises a constitué un enjeu essentiel dans l'application des

¹³⁸¹ Décision n° 06-D-10 du 12 mai 2006 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par la Société BOUYGUES TELECOM contre le Grossiste STOCK-COM ; BOCC, n° 1, 26 janv. 2007, p. 302 ; RDC, 2006, p. 1109, obs. L. IDOT ; Concurrences 3-2006, p. 101, obs. A. WACHSMANN ; CCE, janv. 2007, n° 9, obs. M. CHAGNY. Rappr. Décision n° 06-D-17 du 22 juin 2006 du Conseil de la concurrence, relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport du béton prêt à l'emploi dans l'Oise, et dont le point n° 138 souligne que « *la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 alinéa 2, résulte de plusieurs critères définis par la jurisprudence : la notoriété de la marque du donneur d'ordre, l'importance de la part prise par son activité dans le chiffre d'affaires de l'entreprise prestataire, à condition que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise prestataire, enfin, la difficulté pour le prestataire de trouver une solution équivalente ; ces conditions doivent être simultanément vérifiées pour entraîner cette qualification* ».

¹³⁸² Décision n° 06-D-17 du 22 juin 2006, préc.

politiques économiques européennes¹³⁸³. Dès le début du XXI^e siècle, le législateur européen s'est particulièrement intéressé à la question des PME et par extension ou assimilation, à celle du petit professionnel. C'est ainsi que la recommandation de la Commission portant sur la définition des micro, petites et moyennes entreprises a très vite vu le jour le 6 mai 2003¹³⁸⁴. De même, le droit primaire de l'Union européenne accorde une place spécifique à la PME. À cet égard, l'article 173 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) portant notamment sur la promotion d'un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de l'Union, met en évidence la prise en compte particulière des PME. C'est pourquoi, l'intérêt accordé aux micro-entreprises et aux PME par l'Union européenne ressort également des règlements et directives constituant le droit européen dérivé. Les PME apparaissent donc au cœur des politiques économiques européennes et cela se ressent dans la réglementation mise en place¹³⁸⁵.

476. - **Plan.** D'une politique principalement administrative initiée par la mise en place d'un « Small Business Act » européen (1), le droit privé tend peu à peu à s'imprégner de la considération accordée aux petits et à en tirer des enseignements, que ce soit par le biais de directives (2), ou du projet de règlement en faveur d'un droit européen de la vente (3).

1. Le « Small Business Act » européen

477. - **Histoire et démarche.** La volonté de mettre en place un « Small Business Act » est déterminée par la nécessité de reconnaître le rôle fondamental des petits acteurs économiques sur le marché et ainsi leurs favoriser l'accès à celui-ci. Par un tel acte, certaines catégories d'opérateurs, spécialement celles regroupant les petits professionnels, vont pouvoir être prises en compte et soutenues. Ce mouvement est apparu dans un premier temps aux États-Unis. Le Congrès a voté le 30 juillet 1953 une loi mettant en place un « Small Business Act ». L'aide ainsi accordée aux PME illustre parfaitement « l'appréhension » par le législateur de la place capitale de ces agents économiques et de leur dynamisme. La présence

¹³⁸³ V. en ce sens, la Résolution du Conseil du 3 nov. 1986, concernant le programme d'action pour les petites et moyennes entreprises (PME), *JOUE* C 287 du 14 nov. 1986, p. 1, qui déjà mettait en évidence le rôle important des PME dans la création d'emplois.

¹³⁸⁴ Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, C (2003) 1422, *JOUE*, n° L124 du 20 mai 2003, p. 36.

¹³⁸⁵ V. not., le Règlement (CE) n° 70/2001 de la Commission du 12 janv. 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises, *JOUE* L 010 du 13 janv. 2001, p. 33.

de ces opérateurs sur le marché est indispensable à son fonctionnement. En Europe, l'intérêt pour une telle intervention est également apparu. Les autorités européennes ont estimé nécessaire de reconnaître le rôle, la place et la diversité des PME. Cela s'est traduit par l'instauration d'un principe, qui est devenu une véritable ligne directrice de la politique des instances européennes, nommé « *Think Small First* », c'est-à-dire, « Priorité aux petits », en l'occurrence aux PME. Les autorités européennes ont tiré les conséquences de cette prise de conscience en adoptant un authentique « *Small Business Act* » pour l'Europe¹³⁸⁶.

478. - **Mise en œuvre.** Cette détermination à offrir un cadre et un environnement plus favorables aux PME a été conduite au travers de plusieurs propositions pour dynamiser leur action. Il est possible de citer ici quelques exemples des suggestions émises pour instaurer ce véritable cadre stratégique en faveur des PME : leur permettre de meilleures conditions pour le financement, leur assurer l'accès au marché intérieur et à ses avantages, leur faciliter la participation aux marchés publics ou encore améliorer la réglementation les concernant en élaborant une législation spécifique. L'évaluation de la mise en pratique de ces mesures a été opérée le 23 février 2011 par un bilan autour du « *Small Business Act* »¹³⁸⁷, qui a conduit à un réexamen et à une mise à jour des objectifs envisagés.

En France, ce phénomène a également été relevé. Outre les mesures prises découlant des objectifs visés par le projet européen, certaines pistes ont été lancées au niveau national, notamment dans un rapport fait par Louis GALLOIS au Premier ministre le 5 novembre 2012¹³⁸⁸. Toutefois, leur mise en place n'a pas été concrétisée à ce moment. Plus tard, Manuel VALLS, alors Premier ministre, a annoncé le 9 juin 2015 dix-huit mesures pour permettre aux PME de relancer l'embauche, il les qualifie de « *Small Business Act à la française* »¹³⁸⁹. Il signifie ainsi sa manière de reconnaître le bénéfice du « *Small Business Act* ». La Commission européenne a, quant à elle, lancé une consultation concernant une possible révision de son projet en date du 23 février 2011¹³⁹⁰, à laquelle plusieurs organismes français

¹³⁸⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2008) 394 final, du 25 juin 2008, « *Think Small First* » : Priorité aux PME, un « *Small Business Act* » pour l'Europe.

¹³⁸⁷ Le *Small Business Act* pour l'Europe renforce les petites et moyennes entreprises et stimule la croissance, IP/11/218, 23 févr. 2011 : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-218_fr.htm.

¹³⁸⁸ Pacte pour la compétitivité de l'industrie française, rapport au Premier ministre du 5 nov. 2012, par L. GALLOIS, Commissaire Général à l'Investissement. La 10^{ème} proposition de ce rapport est ainsi formulée : « *élaborer un équivalent du « Small Business Act » comme cadre de cohérence des dispositifs en faveur de la croissance des PME* ».

¹³⁸⁹ « Tout pour l'emploi dans les TPE et PME », Discours de Manuel VALLS du 9 juin 2015.

¹³⁹⁰ Commission européenne, Communiqué de presse du 8 sept. 2014, IP/14/975, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-975_fr.htm.

ont répondu favorablement de manière générale¹³⁹¹. Désormais, il est crucial de souligner que l'objectif poursuivi par le « Small Business Act » s'inscrit dans un projet beaucoup plus large pour permettre l'accès des PME au marché intérieur, et d'une manière générale de promouvoir leurs activités.

479. - **Évolution de l'action : un cadre spécifique pour les PME ?** Le législateur européen ne s'est pas limité à un simple rôle d'observateur au travers des recommandations prises. Très vite, il a été décidé de passer à l'action. Le Small Business Act a ainsi été pensé sur le modèle américain afin de créer un environnement économique, financier et juridique favorable à la promotion et à l'épanouissement des PME, leur permettant ainsi de prospérer plus facilement sur le marché européen¹³⁹². Cependant, celui-ci s'est principalement contenté d'assurer une politique publique d'aide aux PME sans pour autant apporter de véritables solutions juridiques au contractant petit professionnel. L'effort doit donc être poursuivi et beaucoup de choses demeurent à réaliser.

2. Les directives européennes au soutien du mouvement

480. - **Plan.** Le mouvement a été progressif, ainsi dans un premier temps, certaines directives ont été prises de manière plus ou moins régulière (a) pour aboutir, dans un second temps, à une volonté d'harmonisation maximale constituant une véritable avancée pour le droit européen et la prise en compte du petit professionnel (b).

a) Les premières directives européennes, un soutien encouragé

481. - **Des débuts timides.** Si les premières directives dites d'harmonisation minimale n'ont pas clairement apporté une définition du petit professionnel, elles sont venues en poser les bases. En effet, dès la fin du XX^e siècle, la directive du 25 juillet 1985 relative

¹³⁹¹ V. not. les réponses de la CCI (Chambre de Commerce et de l'Industrie) France de déc. 2014 disponibles à l'adresse Internet suivante : http://www.cci.fr/c/document_library/get_file?uuid=c9d1776f-42d6-4567-ae43-2cdfd29ef67f&groupId=11018 et la réponse de la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (CGPME) en date du 15 déc. 2014 disponible sur son site à l'adresse Internet suivante : <http://www.cgpme.fr/internationals/voir/1785/revision-du-small-business-act-pour-l-europe>.

¹³⁹² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Think Small First » : Priorité aux PME – Un Small Business Act pour l'Europe, COM(2008) 394 final.

aux produits défectueux¹³⁹³, ou encore celle du 5 avril 1993 portant sur les clauses abusives¹³⁹⁴ ont apporté quelques critères confortant aujourd'hui la définition envisagée.

482. - **Transition.** Ces directives ont ainsi inspiré celle qui est dite « d'harmonisation maximale » du 25 octobre 2011, qu'il convient désormais de présenter.

b) La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, un soutien renforcé

483. - **Présentation.** Dès son introduction, le considérant n° 13 de la directive du 25 octobre 2011 prévoit clairement la possibilité pour les Etats membres d'étendre l'application des dispositions protectrices à « *des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des consommateurs* » au sens de la présente directive, comme les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises »¹³⁹⁵. En ce sens, si le petit professionnel doit être distingué de l'entreprise, notamment de la PME ou de la TPE¹³⁹⁶, celles-ci constituent tout de même des pistes et des indices permettant de l'apprécier concrètement.

484. - **Une boussole.** Comme cela a été vu précédemment le petit professionnel ne peut pas être totalement assimilé aux PME¹³⁹⁷. Pour autant, cette notion particulièrement mise en évidence en droit européen apparaît comme une boussole pour préciser la définition du petit professionnel, et non une simple tendance européenne comme c'est le cas jusqu'alors. En effet, il a très vite été utilisé une forme de « raccourci » en estimant que la prise en compte spécifique de la petite entreprise par le droit européen engendrait nécessairement la prise en considération du petit professionnel, sans qu'il soit précisément déterminé ou caractérisé.

485. - **Poursuite du mouvement.** Aujourd'hui, la démarche se poursuit et certaines directives dans d'autres secteurs ont également vocation à tenir compte des petits contractants dans la mise en place de la réglementation. C'est ainsi que la récente directive du 17 avril

¹³⁹³ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juill. 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

¹³⁹⁴ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹³⁹⁵ Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, *JOUE*, L 304/64 du 22 nov. 2011. (Personnellement et volontairement souligné).

¹³⁹⁶ V. *supra* n° 149 et s.

¹³⁹⁷ V. *supra* n° 165.

2019 sur les pratiques commerciales déloyales, vise tout particulièrement la prise en considération des PME dans son application¹³⁹⁸. Le législateur européen met, en effet, clairement en évidence que « *les pratiques commerciales déloyales sont particulièrement préjudiciables aux petites et moyennes entreprises (PME) de la chaîne d’approvisionnement agricole et alimentaire* »¹³⁹⁹.

Pour autant, dans l’optique d’un droit uniformisé des contrats prenant également en compte la situation du petit professionnel, c’est du côté du règlement et non de la directive qu’il faut se tourner puisqu’un projet très approfondi de régime commun à été envisagé.

*3. La proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente*¹⁴⁰⁰

486. - **Explications.** Bien que son retrait ait été acté depuis plusieurs années, ce texte ne doit pas être jeté « *aux oubliettes* »¹⁴⁰¹. Il constitue, en effet, un ferment d’inspiration important dès lors qu’il s’agit de s’intéresser à la question des petits professionnels. Pour rappel, ce projet avait pour vocation de mettre en place un instrument optionnel afin d’envisager une harmonisation progressive du droit des contrats à l’échelle européenne, au travers d’un régime optionnel et de son application facultative. La Commission s’était ainsi engagée à proposer un « vingt-huitième régime ». Dans ce projet, l’attention spéciale accordée aux « petits professionnels » est particulièrement attrayante. Ce texte constitue donc un objet d’étude incontournable et inspirant, une véritable base de travail au développement d’une approche spécifiée et identifiée du petit professionnel et, à plus grande échelle, d’un véritable droit commun des contrats et des obligations harmonisé au niveau européen.

487. - **Objectif.** À titre liminaire, il convient de rappeler que la mise en place de ce droit optionnel et facultatif, avait pour objectif de promouvoir le marché et notamment

¹³⁹⁸ Dir. (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d’approvisionnement agricole et alimentaire, JOUE n° L 111 du 25 avr. 2019, p. 59.

¹³⁹⁹ Dir. (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019, préc., spéc. considérant n° 9.

¹⁴⁰⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011, SEC(2011) 1165 final, COM(2011) 635 final. Sur lequel v. not. pour une approche globale : O. DESHAYES (Dir.), *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, SLC, vol. 6, 2012 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, « Droit commun européen de la vente : l’unité sans l’uniformisation », *RDC*, 1^{er} janv. 2012, n° 1, p. 191.

¹⁴⁰¹ J.-S. BORGHETTI, « Réforme du droit des contrats : un projet s’en vient, l’autre s’en va », *D.*, 2015, p. 1376.

« *stimuler les échanges et élargir le choix des consommateurs* »¹⁴⁰². Pour cela, il fallait donner aux petites entreprises la possibilité d'intervenir de la même manière que les autres sur le marché européen, afin que chacun ait sa chance. C'est pourquoi, un régime commun a été proposé, d'une part, pour faciliter les relations en les sécurisant et, d'autre part, permettre à chacun d'accéder à un droit unique en réduisant les coûts et en augmentant la confiance des opérateurs. Dans ces conditions, les petites entreprises obtenaient une chance d'intégrer le marché commun jusque-là ignoré ou inaccessible pour beaucoup ; cela leur octroyait de nouvelles possibilités et de nouvelles ouvertures commerciales et d'investissements.

488. - **Intérêt pour les petits.** L'ensemble des acteurs économiques présents sur le marché, dans les pays de libres échanges et d'économie de marché, sont soumis à un système concurrentiel, qu'ils soient de grande taille ou de plus petite taille. Cependant, il a été relevé que les PME ont tendance à se limiter à un plus petit marché, souvent dans le cadre national, et se prêtent plus rarement au jeu du marché européen et à l'essor de la mondialisation¹⁴⁰³. Dans ces conditions, le législateur européen a pensé à mettre en place des dispositions propres à assurer la compétition des petites entreprises avec les plus grandes et de leur permettre de profiter pleinement du marché européen alors en plein essor. Il s'agit d'un élément essentiel en faveur d'une véritable prise en compte et d'une protection réelle du petit professionnel.

Concernant le règlement européen pour un droit commun de la vente, même si l'idée n'a pas encore fait ou pu faire totalement son chemin, les pistes envisagées sont très clairement des éléments essentiels pour appréhender le petit professionnel. À cette occasion, le Conseil et la Commission se sont effectivement prononcés très clairement en faveur de la prise en compte du petit professionnel. Malgré les réticences soulevées par certains auteurs¹⁴⁰⁴, peu importaient alors les conséquences ou les risques éventuels pour la sécurité juridique : si un acteur économique se trouve dans l'impossibilité de bénéficier de manière optimale du marché intérieur, si des déséquilibres sont identifiés, il faut agir.

489. - **Mise en œuvre concrète.** Cette proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente, aujourd'hui mise de côté, était venue définir la PME comme

¹⁴⁰² Commission Européenne, Communiqué de presse, 11 oct. 2011, disponible au lien suivant : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1175_fr.htm?locale=FR.

¹⁴⁰³ A. PAPPALARDO, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, spéc. p. 339.

¹⁴⁰⁴ En ce sens, G. PAISANT, « Proposition d'un droit commun européen de la vente : la critique de la position de la Commission », in *Aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne : la protection du consommateur contractant*, Vilnius, Mykolo Romerio Universitetas, 2013, p. 161 et s.

« un professionnel (a) qui emploie moins de 250 personnes, et (b) dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 50 millions d'euros ou dont le bilan total annuel n'excède pas 43 millions d'euros »¹⁴⁰⁵. Le rapprochement et la proximité entre les notions de professionnel et d'entreprise sont ici marquants. En utilisant la notion de professionnel pour définir la PME, le législateur européen avait décidé d'une certaine manière d'incorporer le petit professionnel dans la notion de PME, ou vice-versa. Pourtant la spécificité de ce dernier existe, comme vu précédemment¹⁴⁰⁶.

490. - **Démarche et définitions.** La Charte définissant les micro, petites et moyennes entreprises n'opère pas ce rapprochement des notions, celle-ci se limitant à utiliser le terme d'« entreprise ». De plus, le petit professionnel ayant été, dans un premier temps, distingué de l'entreprise, les assimiler maintenant serait pure contradiction. Néanmoins, il est possible d'utiliser la distinction opérée par le biais des critères communs, ce qui aidera à élaborer la définition et à la préciser. Il est donc important de prendre en compte partiellement la notion de PME pour ensuite mieux appréhender la notion spécifique de petit professionnel.

Les définitions européennes ont été intégrées dans le droit français¹⁴⁰⁷. Pour autant, les critères retenus tenant au nombre de salariés, au chiffre d'affaires annuel, au total de bilan posent des problèmes pratiques d'application. À quel moment, en effet, vérifier que la personne contracte avec un petit professionnel, ou une PME ? Quand est-ce le plus opportun ? Les contractants ne se connaissent pas toujours et cela peut constituer un frein à la relation si l'analyse doit se faire en amont¹⁴⁰⁸. Si l'appréciation se fait *a posteriori* n'y-a-t-il pas un problème d'efficacité ? Un risque pour la sécurité juridique ? Il en est de même pour l'indépendance juridique et le poids économique sur le marché ; un problème pratique subsiste dans leur application, par exemple, les filiales ne précisent pas toujours l'existence de leur société mère.

L'indépendance juridique d'un contractant ne signifie pas qu'il soit également indépendant économiquement, or le lien entre les deux est tenace dès lors qu'une forme de soumission économique se traduit indiscutablement par un certain assujettissement juridique conduisant à un déséquilibre des rapports contractuels, au détriment ici du petit professionnel. Si ce dernier ne doit pas se soustraire à ses responsabilités il faut que celles-ci soient

¹⁴⁰⁵ Art. 7 – « Parties contractantes » de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM/2011/0635 final – 2011/0284(COD).

¹⁴⁰⁶ V. *supra* n° 429 et s.

¹⁴⁰⁷ V. *supra* n° 152.

¹⁴⁰⁸ Surtout avec le développement du commerce électronique dans tous les secteurs.

supportables pour lui. Le bon sens commande de ne pas mettre à la charge de certains contractants plus d'obligations qu'ils ne peuvent en assumer, ni les priver de droits indispensables à la bonne exploitation de leur activité, voire à leur survie économique. Il convient donc en définitive de lutter contre ce que le Professeur FARJAT qualifie de manière générale de « *pouvoirs privés économiques* », dont il relève que « *la doctrine juridique ne fait pas grand cas* »¹⁴⁰⁹.

491. - **Résumé.** L'idée sous-jacente à la proposition relative à un droit commun européen de la vente est de favoriser le développement de l'activité des acteurs économiques, dans le cadre du marché européen. Dans ces conditions, les autorités européennes ont rapidement identifié les difficultés pouvant surgir pour les entreprises de taille réduite, ces dernières ne disposant pas des mêmes moyens, notamment juridiques, pour intervenir sur un marché élargi. D'un point de vue contractuel, le problème principal tend au manque d'information voire aux difficultés d'accès à la norme juridique applicable et à son caractère souvent complexe, spécialement pour les petites entreprises, ce qui se traduit par un pouvoir de négociation et d'intervention amoindri. En ce sens, il s'agit là d'une forme de dépendance¹⁴¹⁰. Si cette proposition a très rapidement été écartée en raison de la méthode utilisée, jugée insuffisante, et des incertitudes engendrées¹⁴¹¹, elle a eu le mérite de mettre en avant une prise en compte des petites entreprises et particulièrement du petit professionnel en apportant un début de définition.

C. Amorce de consécration : une réception du petit professionnel en droit français ?

492. - **Présentation et définition.** Comme précisé précédemment, en droit français, une prise en compte du petit professionnel semble s'amorcer. Il apparaît alors comme le contractant n'employant pas plus de cinq salariés et traitant en dehors du champ de son

¹⁴⁰⁹ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 68.

¹⁴¹⁰ O. LANDO, « The common European Sales Law : Social justice or social dumping ? », *RDC*, 01/01/2012, n° 1, p. 213.

¹⁴¹¹ En ce sens, v. l'accueil fait en France par le Sénat, Sénat, n° 425, Session ordinaire, 23 févr. 2012, Proposition de Résolution Européenne présentée au nom de la Commission des Affaires Européennes en application de l'article 73 *quater* du Règlement sur le droit commun européen de la vente (E6713), présentée par M. Alain RICHARD.

activité principale¹⁴¹². À cet égard néanmoins, le professionnel de l'immobilier n'apparaissant pas nécessairement comme étant un professionnel de la construction n'a pas pu bénéficier de la protection contre les clauses abusives¹⁴¹³. Il fut qualifié de non-professionnel, cela brouillant de nouveau la frontière entre le non-professionnel et le professionnel partie faible.

Désormais, au regard de l'article L. 121-16-1, III, devenu l'article L. 221-3 du Code de la consommation, certaines dispositions protectrices de la législation consumériste sont susceptibles de bénéficier au professionnel employant cinq salariés au plus et qui conclut un contrat hors établissement dont l'objet n'entre pas dans le champ de son activité principale. Le petit professionnel est dès lors en partie réceptionné par le droit français. Mais s'agit-il des bons critères pour le définir ? Cette approche est-elle suffisante et efficace ? La personne ainsi prise en compte pour être protégée est-elle véritablement un petit professionnel ?

493. - **Critique.** Au regard de la formule de l'article L. 221-3 du Code de la consommation et des seuils arrêtés qui apparaissent réducteurs, il s'agit d'un « très » petit professionnel. Certains auteurs ne s'y sont d'ailleurs pas trompés en évoquant le « micro-professionnel »¹⁴¹⁴ plutôt que le petit professionnel. Dans ces conditions, l'approche du droit français en faveur du petit professionnel apparaît très réductrice et ne semble pas offrir une prise en considération de l'ensemble des personnes concernées. L'effet de seuil ainsi créé est donc limité à une hypothèse marginale et de toute évidence ne s'intéresse pas à l'ensemble des petits professionnels dont beaucoup se trouvent par principe exclus du bénéfice de ces dispositions.

De plus, la définition ne doit pas valoir seulement pour le droit de la consommation, le droit des contrats, le droit de la concurrence, le droit des procédures collectives, le droit des sociétés, etc. Le petit professionnel existe partout, dans tous les domaines, dans tous les rapports juridiques, à tous les stades, il doit donc être appréhendé dans toutes les situations, et une définition générale doit être créée et transposable à chaque situation. De même, il ne convient pas d'envisager uniquement le petit professionnel dans ses rapports avec un consommateur ni seulement avec un autre professionnel, mais dans toutes ses relations y compris avec un autre petit professionnel.

¹⁴¹² C. consom., art. L. 221-3.

¹⁴¹³ V. *supra* n° 83.

¹⁴¹⁴ V. not., G. LOISEAU, « Les micro-professionnels assimilés à des consommateurs », *CCE*, n° 11, 2018, comm. 82, note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319 ; H. AUBRY, « Droit de la consommation (janvier 2018 – décembre 2018) », *D.*, 2019, pan., p. 607, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319.

494. - **Transition.** Les difficultés pressenties dans la prise en compte du petit professionnel par le droit positif se sont concrétisées. Il convient donc désormais d'entreprendre l'étude de sa définition afin de véritablement le reconnaître.

III. La définition du petit professionnel

495. - **État des lieux.** Loin d'aboutir à une consécration de la notion de petit professionnel, le constat réalisé tend plutôt à mettre en évidence les difficultés relatives à l'acceptation contestée de ce contractant par le biais d'une véritable catégorie originale. Cependant, des prémices ont été tracées et des exemples de « petits professionnels » ont été précisément identifiés¹⁴¹⁵. Cette matière va maintenant aider pour aborder la définition propre au petit professionnel afin de le désigner et le catégoriser spécifiquement.

Toutes les solutions et les perspectives avancées jusque-là ne semblent pas résoudre les choses pour lui qui se trouve encore « entre deux eaux ». Sa position n'est pas claire, son statut n'est pas défini, les mesures protectrices prises en sa faveur ou non ne le sont pas plus. Une approche précise, pleine de clarté et surtout d'efficacité est pourtant essentielle pour lui et répondra à ce besoin. Il est successivement absorbé par le droit de la consommation, le droit de la concurrence, puis de plus en plus par le droit commun. Pourtant, il n'appartient pas spécifiquement à l'un ou l'autre de ces droits¹⁴¹⁶. Où se situe-t-il réellement dans le paysage juridique ? Ses similitudes et ses différences avec divers acteurs ont été mises en avant et il n'est pas non plus pleinement un « simple » commerçant, ni une entreprise « ordinaire » dans le sens général de ces termes. Il ne s'agit pas d'un professionnel « faible » ou « abstrait » habituel, mais d'un véritable petit professionnel aux caractéristiques très personnelles, nécessitant une prise en compte adaptée ainsi qu'une attention particulière et un statut spécifique.

496. - **Approche uniformisée.** Fixer des seuils revient, dans une certaine mesure, à expliquer que le petit professionnel est par lui-même vulnérable lorsqu'il remplit les conditions de ces seuils. Retenir une définition en terme de seuils s'avère pertinent pour assurer la mise en pratique de celle-ci, son efficacité et sa réelle appréciation. En outre, une telle approche a l'avantage d'uniformiser au mieux la définition entreprise, spécialement entre

¹⁴¹⁵ V. *supra* n° 370 et s.

¹⁴¹⁶ À l'exception bien entendu du droit commun auquel chaque contractant peut se référer.

les pays ou au niveau européen. En revanche, elle tend *de facto* à exclure une partie des contractants susceptibles d'être considérés comme des « petits », en traçant une « ligne de démarcation » incluant tous ceux qui se trouvent en-dessous, mais au-dessus de laquelle tous les autres sont mis à l'écart¹⁴¹⁷.

497. - **Appréciation de l'état de « petit » professionnel.** Par principe et comme précisé, quelque chose est grand ou petit par comparaison avec un autre élément¹⁴¹⁸, ou par rapport à une moyenne. Un même professionnel peut-il alors être petit dans certains cas et grand dans d'autres situations ? En effet, selon son cocontractant ou les circonstances, sa propre condition peut apparaître différente : en supposant qu'il soit dit « petit », si l'autre personne engagée avec lui est encore plus petite, il serait supposé être en position de force. À l'inverse, en imaginant qu'il soit habituellement en position de force, s'il passe un contrat avec quelqu'un de plus grand, et donc de plus fort encore, n'est-il pas dans ce cas considéré comme petit ?

Les situations de faiblesse, de dépendance du professionnel, ou son état d'infériorité, peuvent être appréhendés de différentes manières. La prise en compte de sa taille qui semble être un élément déterminant dans l'appréciation de cet état ne fait pas consensus et même, ne paraît pas être considérée comme un élément essentiel dans l'ensemble des réglementations mises en place en faveur des professionnels. Pour autant, la prise en considération de cette taille du professionnel, et ce de manière effective, est nécessaire puisqu'elle influence sa situation¹⁴¹⁹ et permet de saisir réellement le petit professionnel. Quelles sont les causes de cette faiblesse ? Quelles en sont les conséquences ? Est-ce uniquement une faiblesse économique ? Est-ce une faiblesse structurelle ? Une faiblesse technique ? Intellectuelle ? Juridique ? Un déséquilibre informatif ? Peut-elle être liée notamment à l'absence de négociation des contrats ou de certaines clauses ? Sous couvert de négociations formelles,

¹⁴¹⁷ Dans cette hypothèse, chaque professionnel est précisément catégorisé en fonction de critères déterminés. Pour autant, cela ne conduit pas nécessairement à tenir compte de l'ensemble des petits professionnels. Pour ex., un professionnel se trouvant au-dessus des critères déterminés sera considéré comme un « grand » professionnel alors même qu'il peut être « petit » face à un « encore plus grand » professionnel. Ainsi, en forçant le trait, l'entreprise « MICHELIN » pourrait être considérée comme un grand professionnel face à certains de ses fournisseurs ou distributeurs comme l'entreprise « EUROMASTER », mais comme un petit professionnel face au groupe « FACEBOOK » ou face au leader mondial de la grande distribution « WALMART ». L'absence de prise en compte de seuils apparaît donc risquée.

¹⁴¹⁸ Aussi, si « *la détermination d'une partie faible peut ne pas passer par une opposition au fort* » (N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2002, n° 364), ce n'est certainement pas le cas du petit professionnel. Bien que certains professionnels puissent être parfois considérés comme « petits » par eux-mêmes, leur petite taille demeure généralement relative et s'apprécie par rapport à celle de leur(s) partenaire(s), ou d'une moyenne.

¹⁴¹⁹ Il est logique que du poids économique dépendent les possibilités de faire des stocks, de se défendre, de se former, d'être plus compétitif, etc.

l'opinion de tous les professionnels a-t-elle la même importance et le même impact sur la détermination du contenu du contrat, ou ne s'agit-il pas parfois d'un « écran de fumée » ? Ou encore, cette faiblesse est-elle en lien avec les nouveautés dues à la réforme du droit des contrats ? Ou aux contrats spécifiques conclus par voie électronique ? Ou aux conditions générales de vente dont le rôle est régulièrement redéfini et qui sont parfois compliquées à saisir ? Certes, le professionnel peut ponctuellement bénéficier de protections existantes, mais celles-ci ne sont pas spécifiques à sa situation qui apparaît pourtant singulière. En effet, la domination d'un contractant peut prendre plusieurs formes. Elle résulte parfois du capital économique, ou encore du capital culturel¹⁴²⁰. Le petit professionnel pourrait donc être petit en ce qu'il possède peu : peu de salariés, peu de capitaux, peu de parts de marché, peu de puissance commerciale, donc peu de clientèle, peu de volumes d'achats, peu d'image de marque, mais aussi peu de savoir juridique, peu d'information, peu d'expérience. Au caractère protéiforme, aussi bien commerçant qu'artisan, distributeur que fournisseur, il prend ici de la hauteur et surtout il est identifié d'après ses véritables faiblesses. La taille se présente comme sa principale faille puisqu'il est petit en tout, cela engendrant des conséquences fonctionnelles car généralement le petit peut et doit devenir grand. Parfois, il entre dans cette catégorie, est amené à en ressortir, il pourrait également y revenir en raison de volonté ou de boires divers.

En droit de la concurrence, la question de la prise en compte du critère de la taille de l'entreprise n'a pas eu que des défenseurs¹⁴²¹, même si les récentes réformes tendent à faire douter du contraire¹⁴²². Également, certains critères ont été exclus comme ceux tirés du nombre de salariés ou du volume du chiffre d'affaires, jugés peu pertinents¹⁴²³, cela au bénéfice du critère tiré de la part de marché jugé plus significatif.

Objet de la présente étude, de laquelle découle la définition proposée, le petit professionnel se situe dans une relation contractuelle. Bien sûr, il est, à l'évidence, et comme son nom l'indique, un professionnel, personne physique ou morale, qui pourtant en raison de la petite taille de son activité, se trouve dans une situation d'infériorité qu'il peut justifier. Mais son état de petit en tant que tel prime-t-il sur la relation ? Certes non, mais... le contrat est au centre et il implique la relation. Dès lors qu'elles en ont la capacité, celui-ci engage, en

¹⁴²⁰ P. BOURDIEU, *La distinction*, éd. de Minuit, p. 128 et s.

¹⁴²¹ A. COURET, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 366. L'auteur explique que « le droit de la concurrence ne peut guère s'intéresser aux critères de la taille de l'entreprise ».

¹⁴²² V. not. : Dir. (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, préc., qui prévoit spécialement une prise en compte des « petits concurrents ».

¹⁴²³ A. COURET, « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », préc.

effet, des personnes consentantes entre elles autour de l'objet qui les réunit, légal évidemment. Qu'il soit petit ou important, chacun à la liberté de s'inscrire dans une telle relation. De ce fait, la taille des uns sera appréciée par rapport à celle des autres. De plus et comme précisé, la petite taille se définit généralement par comparaison¹⁴²⁴, et donc plus spécifiquement par des critères subjectifs au départ, mais aussi objectifs au regard de son ou de ses partenaires. Est-il alors possible de dire qu'il se trouve sur un pied d'égalité et dispose de la même puissance, et de la même force contractuelle face à l'autre partie ? Nul n'est l'égal de l'autre, et le petit professionnel possède un pouvoir de négociation proportionnellement moins fort et donc non équivalent à son ou ses partenaires plus puissants.

En résumé, l'état de « petit » du professionnel se définit par comparaison et/ou au regard d'une moyenne. Or, dans un contrat, le petit professionnel se retrouve seul face à son partenaire. La comparaison peut alors s'effectuer entre les deux extrêmes : le plus petit et le plus grand ; elle prend alors un tout autre aspect¹⁴²⁵.

498. - **Essai de définition du petit professionnel.** Au vu de ce qui précède et étant rappelé que l'objectif n'est pas de remettre en question la définition générale du professionnel, le petit professionnel doit être entendu de la manière suivante : **il s'agit d'un professionnel, personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel et qui, en raison de sa petite taille habituelle ou ponctuelle, déterminée au regard de celle de son ou ses partenaires, selon des critères précisés puis affinés par le législateur et le juge, dont un nombre minimum est requis, justifie de la nécessité d'une attention particulière dans la relation contractuelle et d'une protection en cas de besoin.**

499. - **Choix des critères.** Il s'agit de définir précisément les raisons de la petite taille et les éléments de comparaison afin de faire un choix, et de décider de la quantité nécessaire, c'est-à-dire d'un nombre minimum, de ces critères pour la prise en compte ou non, en tant que petit professionnel.

Une liste générale de critères peut être observée : chiffre d'affaires, bilan, bénéfices, cotation boursière, service juridique disponible avec ou non présence d'un juriste, nombre de

¹⁴²⁴ V. *supra* n° 14.

¹⁴²⁵ De plus en plus de petits commerçants ou de petits artisans sont contraints de s'unir en créant des coopératives, par ex., ou en passant des commandes communes, pour s'engager face à des « grands », ceci afin d'obtenir des tarifs et prix plus abordables pour eux et de se maintenir vis-à-vis de leurs clients.

salariés, formation et connaissance du milieu professionnel, budget de formation, expérience, possession d'un brevet. Leur mise en œuvre doit être néanmoins précisée. Le but assigné à chacun d'eux peut être déterminé comme un standard permettant d'évaluer la taille du petit professionnel. Cette approche nécessite donc une appréciation au cas par cas et l'utilisation de ces critères offre une opportunité évidente pour encadrer la notion de petit professionnel et ses conditions d'existence. Bien plus, la prise en compte de ces critères devra accorder au juge une certaine souplesse dans l'appréciation du petit professionnel afin d'en déterminer plus précisément la définition déjà proposée. Ce ne sera qu'après une utilisation habituelle de ces critères et à l'appui des solutions qui seront retenues en jurisprudence qu'il sera alors possible de dégager avec suffisamment de précision une définition définitive du petit professionnel.

Cependant, la difficulté d'application et d'appréhension de ces critères généraux, et plus largement du petit professionnel dans sa globalité, contraint à évoquer quelques cas particuliers.

500. - **Cas particulier n° 1 : deux partenaires professionnels puissants, ou plus, contractent ensemble.** Dans certains secteurs où la majorité des acteurs économiques ont des effectifs ainsi qu'un chiffre d'affaires important, donc des seuils élevés, si deux acteurs ou plus contractent ensemble, le moins important devient « petit » pour l'occasion¹⁴²⁶. Comment alors appréhender le petit professionnel dans cette hypothèse ? Selon si l'analyse se situe dans le commerce ou dans l'industrie, les seuils ne peuvent pas être identiques. Dans ces conditions, il serait souhaitable de fixer une limite au-delà de laquelle, l'opérateur économique ne pourrait plus, quel que soit le cas, bénéficier de la qualification de « petit ». Il reviendrait, bien sûr, au législateur d'établir le barème des seuils.

501. - **Cas particulier n° 2 : deux petits partenaires professionnels, ou plus, contractent ensemble.** Ils seraient dans une situation similaire, même s'il y a toujours la possibilité d'identifier un plus petit¹⁴²⁷. Au regard de leur situation respective, plus d'indulgence s'impose afin de ne pas les mettre encore plus en difficulté. L'analyse plus pragmatique de la petite taille au regard de la situation de chaque contractant ne s'établirait plus seulement par rapport aux chiffres présentés et l'appréciation impartiale reviendrait alors au juge.

¹⁴²⁶ En comparaison à son partenaire.

¹⁴²⁷ En pratique, l'hypothèse d'une similitude parfaite entre deux petits professionnels, si elle ne peut totalement être écartée, apparaît toutefois peu probable.

502. - **Cas particulier n° 3 : un petit professionnel contracte avec un consommateur « plus puissant ».** Une telle relation peut se produire, par exemple, dans une relation entre un petit artisan sans réelles connaissances juridiques, et un consommateur plus avisé ou expérimenté dans le domaine concerné, dans la pratique des négociations, ou dans l'approche des règles juridiques applicables.

À l'inverse du consommateur, lorsqu'un petit professionnel est appréhendé comme tel, il entre nécessairement dans cette catégorie et doit donc bénéficier d'une attention protectrice particulière. Le Professeur CHAZAL a justement considéré qu'« *il existe [...] des consommateurs, au sens technique du terme, qui ne sont pas profanes dans la matière où ils contractent* »¹⁴²⁸, un tel raisonnement n'est pas transposable pour le petit professionnel initié.

503. - **Cas particulier n° 4 : un petit professionnel « fort » ?** Il s'agit de l'hypothèse d'un petit professionnel défini comme tel au regard de critères et de seuils préalablement établis, mais qui est fort du fait d'une invention, ou de la possession d'un brevet. Il est évident que valeur ajoutée pèse à son avantage par exemple, lors d'une négociation. Toutefois, ses autres moyens demeurant inférieurs ne lui permettront pas nécessairement d'avoir les capacités de formation ou de mise en place d'un service juridique, ni même de déposer et d'enregistrer cette création ou ce brevet au risque parfois de se faire dérober son idée.

504. - **Cas particulier n° 5 : changement ponctuel d'état.** Un professionnel peut momentanément entrer ou sortir du cadre de « petit professionnel ». À une période donnée et au gré des événements, une surcharge de travail avec obligation d'employer un surplus de personnel ou à l'inverse, un manque de travail peut contraindre un professionnel à mettre des employés au « chômage technique » pour une baisse d'activité¹⁴²⁹. De telles situations seront alors considérées avec indulgence et impartialité.

505. - **Limite et lutte contre les critiques.** Face aux critiques tenant à la prise en compte du petit professionnel, il est possible d'argumenter que déterminer la taille d'un

¹⁴²⁸ J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », *op. cit.*, spéc. p. 251.

¹⁴²⁹ Par ex., la crise sanitaire générée par le « COVID-19 » implique une production supplémentaire et urgente de masques de protection ou d'autres matériels médicaux pour les entreprises du secteur qui doivent augmenter leur rentabilité. En contrepartie, cette même crise empêche des approvisionnements en provenance de certains pays. Une grève ou des intempéries peuvent avoir les mêmes conséquences. Il arrive également qu'une entreprise ait un besoin supplémentaire de main d'œuvre comme en matière de moissons ou de vendanges à certaines saisons.

partenaire n'est pas plus difficile que d'apprécier si celui-ci agit ou non dans le cadre de son activité professionnelle, ou d'estimer la sincérité d'un acteur économique. Par ailleurs, cela ne génère pas plus d'insécurité juridique : les chiffres ayant vocation à limiter les erreurs d'appréciation. En effet, il convient de se baser uniquement sur des éléments objectifs dont chaque contractant doit justifier. Chacune des parties en aura connaissance en cas de litige afin d'assurer une confiance plus grande les uns envers les autres.

Le choix des critères et l'effet de seuil résultant de leur application comportent toujours un risque, les données chiffrées étant intrinsèques à chacun. Le franchissement de la barrière fixée modifie l'application de la norme et de la règle juridique, pour être ou devenir « petit ». De ce fait, un seuil défini peut conduire à des abus afin notamment pour une personne d'essayer de rentrer dans une catégorie précise, pour bénéficier des effets de ce statut s'il l'avantage. À cet égard, les seuils conduisent bien souvent à des fraudes et à une certaine « optimisation » de la norme, chacun tentant de « rentrer dans le cadre » pour profiter de dispositions plus favorables. Il est nécessaire dans ce cas d'être attentif à cette réalité en adoptant une démarche pragmatique et transparente pour l'identification des personnes vulnérables comme les petits professionnels. En contrepartie, l'apparition et l'application d'un régime particulier à partir d'un certain niveau, en l'occurrence d'une certaine taille, semblent plus simples et plus pratiques.

Enfin, imaginer rechercher un plus petit dans une relation et être considéré comme tel n'est pas forcément flatteur et peut même donner le sentiment d'une pratique qui stigmatise, voire rabaisse la personne concernée. Mais cette recherche s'effectuerait principalement en cas de litige et dans un but favorable pour elle, constituant ainsi une véritable motivation.

506. - **Conclusion de la Section II.** Envisagé de manière particulière, le petit professionnel prend différents aspects qu'il n'est pas toujours aisé d'appréhender en raison de leur diversité. Toutefois, certaines caractéristiques propres à ce contractant ont pu être mises en évidence afin de lui attribuer un statut spécifique et de penser sa standardisation, celle-ci devant permettre au juge de pouvoir apprécier de manière souple sa réalité.

507. - **Conclusion du Chapitre II.** Désormais pris en considération, le petit professionnel, notion jusqu'alors émergente dans le paysage juridique¹⁴³⁰, se trouve réceptionné par l'ordre juridique. Ses caractéristiques propres mettent ainsi clairement en

¹⁴³⁰ Loin d'être méconnu par le droit, le petit professionnel n'a pas encore pris toute la place qui lui revient aux côtés des autres notions juridiques établies.

évidence l'opportunité de son approche originale conduisant à l'établissement d'un véritable standard. S'il était difficilement identifié auparavant, le petit professionnel se trouve donc désormais reconnu à la lumière de ses particularités.

508. - **Conclusion du Titre II.** La situation de certains professionnels est particulièrement délicate, ceux-ci se trouvant dans une position de faiblesse par rapport à leur partenaire, et ce malgré l'image de « fort » qui suit tous les professionnels. Afin de trouver une solution à leur problématique, l'identification du petit professionnel apporte des éléments importants pour appréhender leurs spécificités. En effet, la notion de petit professionnel constitue une alternative intéressante pour répondre aux difficultés rencontrées par ces professionnels, dont la majorité présente généralement un déficit de taille au regard de leurs cocontractants, les autres critères pris en compte découlant souvent de celui-ci. Le juriste se trouve donc confronté à l'existence d'un statut intermédiaire entre le professionnel et le consommateur, qu'il convenait, malgré les difficultés, de préciser et l'essai d'une définition a ainsi pu être élaboré.

Alors que « *la réalité vivante et complexe des relations contractuelles se laisse difficilement enfermer dans des concepts* »¹⁴³¹, le juriste n'a pas d'autres choix que de procéder à des catégorisations pour adapter les règles à chacun et il s'agit là de l'une de ses missions essentielles. Ainsi, c'est par une telle approche que les normes protectrices pourront véritablement devenir effectives et prouver leur efficacité.

¹⁴³¹ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. I, spéc. p. 10.

Conclusion Première Partie

509. - Le retour sur l'existant a mis en évidence qu'aucune catégorie déjà reconnue ne permet d'identifier le petit professionnel. Quelques parallèles ont néanmoins pu être effectués et des similitudes sont ressorties. Il s'agit bien d'un professionnel, mais un professionnel particulier ne bénéficiant d'aucune protection *in personam*. L'analyse de son émergence et la recherche de ses caractéristiques propres ont montré son originalité et son besoin de protection. Cette étape indispensable influe sur l'ordre juridique. Pour être pertinente et efficace, l'alternative doit avoir un véritable impact théorique et bien évidemment pratique.

Ainsi donc, la reconnaissance de la catégorie originale du petit professionnel doit déboucher sur sa prise en compte à titre particulier. En effet, identifier une notion ne signifie pas automatiquement en saisir son statut, son régime, ses particularités et les conséquences qu'elle engendre. Jusqu'alors, la singularité du petit professionnel n'impliquait pas son autonomie, c'est-à-dire le fait qu'il bénéficie d'un statut et d'un champ protecteur uniquement dédié à sa personne¹⁴³². La mise en évidence de ses difficultés justifie de rechercher les normes protectrices le concernant. De même, alors que certains ont pu évoquer une « surprotection » parfois regrettable du consommateur¹⁴³³, l'évolution de la société économique amène à s'interroger sur la nécessité d'envisager une protection en faveur du petit professionnel. Dès ce moment, la démarche doit se poursuivre en gardant à l'esprit que certes, le risque de tomber dans un droit contractuel de classe existe¹⁴³⁴, mais en contrepartie, il peut apporter beaucoup de bienfaits et solutionner de nombreux problèmes¹⁴³⁵. Il est de principe à cet égard que « *le rapport de force, au moins pour les juristes, doit ou devrait impliquer un statut, des obligations particulières pour le dominant* »¹⁴³⁶, et donc corrélativement des droits plus importants pour le dominé. Désormais, l'attention particulière accordée au petit professionnel doit se refléter dans sa protection.

¹⁴³² G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », préc., n° 21, p. 346, pour qui : « *original ne signifie pas autonome* ».

¹⁴³³ A. SINAY-CYTERMANN, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP G.*, 1994, I, 3804.

¹⁴³⁴ G. RIPERT, « Ébauche d'un droit civil professionnel », *Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Librairie Dalloz Paris, 1939, p. 677.

¹⁴³⁵ A. ZENNER, « Les P.M.E. dans leurs relations avec les grandes firmes », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, spéc. p. 176.

¹⁴³⁶ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 69.

PARTIE II :
LA PROTECTION SPECIFIQUE
DU PETIT PROFESSIONNEL

Introduction Seconde Partie

*« Notre faiblesse est telle, à nous les hommes, que nous devons
souvent obéir à la force : il nous faut temporiser,
car nous ne pouvons pas toujours être les plus forts »¹⁴³⁷.*

510. - **Présentation.** La reconnaissance du petit professionnel et l'ébauche d'une définition le concernant ouvrent naturellement sur la question de sa protection, finalité de la prise en compte de cet acteur. Ce mouvement s'inscrit d'ailleurs au sein d'un droit en évolution permanente et aux multiples fonctions. Source d'encadrement, il impose contraintes et obligations tout en essayant de protéger les personnes. Si l'apparition du consommateur a constitué une véritable innovation pour le droit en ce qu'il a conduit à la naissance de la législation consumériste¹⁴³⁸, le professionnel ne bénéficie pas de la même attention et « le droit de la professionnalité » n'existe pas encore dans la loi¹⁴³⁹. La volonté de protéger le petit professionnel révèle une aspiration à atteindre : le critère de la taille devant optimiser la mise en place d'une protection idéale de ce contractant. L'identification de ses faiblesses permet de relever les difficultés qu'il rencontre tant à cause du poids de ses obligations que par les

¹⁴³⁷ E. de LA BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, Librio, E.J.L., 2018, p. 12.

¹⁴³⁸ Le Doyen CARBONNIER a relevé à propos du droit de la consommation : « Ainsi s'est formé un nouveau droit des obligations. Il a son originalité : en contraste avec le droit civil qui avait joué la carte d'une égalité théorique entre les personnes, il présuppose l'infériorité de l'un des contractants », J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens. Les obligations*, vol. II, PUF, 2004, [917], p. 1908.

¹⁴³⁹ À noter cependant, les travaux de Monsieur BERT portant sur la mise en place d'un droit de l'activité professionnelle indépendante : D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. BOUCOBZA, Fondation Varenne Collection de thèses, 2011.

déséquilibres qu'elles engendrent. Même délicate, la question d'un statut protecteur du petit professionnel n'est pas anodine et son étude apparaît salutaire¹⁴⁴⁰. Une question se pose alors : dans quelle mesure et sous quelles conditions cette protection doit-elle être instaurée ?

Le droit intervient ponctuellement pour protéger les professionnels. L'appréciation parfois audacieuse de la réglementation et l'interprétation du critère de l'activité professionnelle¹⁴⁴¹ sont autant de pistes pour envisager une protection spécifique du petit professionnel et un statut qui lui serait propre. C'est pourquoi, qu'il s'agisse du droit commun ou des droits spéciaux, des axes sont offerts pour inspirer l'ébauche d'un régime protecteur.

511. - **Démarche.** Le droit nécessite de s'adapter à double titre : d'une part, en aménageant les obligations souvent oppressantes mises à la charge du petit professionnel et, d'autre part, en réévaluant les règles protectrices quelquefois insuffisamment adaptées à sa condition. Afin de ne pas remettre en cause le principe même de liberté des contractants, il semble délicat d'agir directement à l'encontre du partenaire du petit professionnel, que ce soit un autre professionnel ou un consommateur, et ainsi entraver sa marge de manœuvre. À cet égard, il a pu être justement relevé qu'« *une autre manifestation de la justice [contractuelle] consiste à traiter de manière égale chacune des parties quant à leurs droits et obligations* »¹⁴⁴². Si la nécessité de traiter chaque partie de manière équivalente constitue une piste de réflexion, certaines raisons peuvent pousser au contraire à agir différemment¹⁴⁴³, et le petit professionnel rentre de toute évidence dans ces exceptions. Sans envisager une remise en cause totale de l'ordre juridique en place, il s'agit d'observer si certains ajustements des règles existantes sont possibles au regard de la spécificité du petit professionnel.

512. - **Plan.** L'examen de l'aménagement des devoirs mis à la charge du petit professionnel (**Titre I**) précèdera donc celui de l'aménagement de ses droits (**Titre II**).

- **Titre I : L'aménagement des devoirs du petit professionnel**
- **Titre II : L'aménagement des droits du petit professionnel**

¹⁴⁴⁰ En tout état de cause, il ressort de l'analyse que le petit professionnel doit bénéficier d'un statut protecteur en matière contractuelle pour pallier ses faiblesses. En effet, si le droit se doit de protéger tout le monde, il doit accorder une attention spéciale à ceux qui justifient d'une faiblesse particulière comme le petit professionnel.

¹⁴⁴¹ V. *supra* n° 212 et s.

¹⁴⁴² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, J. GHESTIN (dir.), 4^e éd., LGDJ, 2013, t. 1, n° 363, p. 273.

¹⁴⁴³ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *ibid.*

TITRE I :

L'AMÉNAGEMENT DES DEVOIRS

DU PETIT PROFESSIONNEL

513. - **Présentation.** Quel que soit le domaine concerné, quelles que soient les personnes en cause, la responsabilité est aujourd'hui placée au centre de la vie quotidienne et du droit positif. Chacun a des devoirs et engage sa responsabilité, tant sur un plan contractuel que délictuel, en cas de manquement. La spécialisation des relations et des activités a conduit le droit à évoluer. La multiplication des règles contraignantes est un fait avéré, particulièrement dans le monde des affaires. Le petit professionnel n'y échappe pas et se trouve astreint à respecter nombre d'obligations ou devoirs lorsqu'il contracte. Ce phénomène est observé dans divers champs du droit¹⁴⁴⁴ et surtout dans ses relations avec les consommateurs¹⁴⁴⁵. Protéger ceux-ci conduit à les préserver face à leur propre comportement, ce qui revient également à tenir compte des agissements de leurs partenaires, en l'occurrence les professionnels avec lesquels ils décident de contracter. Aussi, le droit de la consommation constitue l'un des domaines, si ce n'est le domaine¹⁴⁴⁶, où les obligations mises à la charge du petit professionnel sont les plus denses. Les textes lui imposent une multitude d'obligations, tant au moment de la formation et de l'exécution, qu'à la rupture du contrat¹⁴⁴⁷. S'agissant du

¹⁴⁴⁴ Tels que le droit commun, le droit de la vente, ou encore certains droits spéciaux comme en matière de franchise et plus largement de droit de la distribution, qui constituent des secteurs où certains professionnels peuvent se retrouver débiteurs de nombreuses obligations dont le régime est particulièrement strict.

¹⁴⁴⁵ À tel point qu'il est possible de se demander si à l'inverse du professionnel, le consommateur n'est pas « exonéré de toute obligation » : N. PROD'HOMME, « Professionnel et consommateur : une loyauté réciproque ? », in *La loyauté en droits de la concurrence et de la consommation*, LPA, n° 234, numéro spécial, 24 nov. 2011, p. 29, spéc. n° 3.

¹⁴⁴⁶ À cet égard, « on ne compte plus les informations devant être révélées au consommateur », et « le Code de la consommation regorge d'obligations spécifiques » : L. ARCELIN-LECUYER, « La redondance informative ou le bon sens oublié », CCC, n° 5, mai 2011, étude 9, spéc. n° 2.

¹⁴⁴⁷ Certes, ces règles sont indispensables au bon fonctionnement et à la protection du marché, de même qu'à la préservation des droits du consommateur ; néanmoins, elles ne doivent pas conduire à compliquer la situation déjà délicate du petit professionnel, particulièrement au regard de sa « *petitesse face au marché* » : A.

petit professionnel, cet alourdissement d'exigences peine à trouver une justification et doit donc être discuté. Or, quels que soient les professionnels concernés, « *le public, leur clientèle, a tendance à les créditer de pouvoirs quasiment surhumains (presque magiques [...])* »¹⁴⁴⁸, ce qui peut constituer un inconvénient majeur. À l'évidence, le statut de professionnel confère des charges avant d'accorder des avantages.

Tandis que pour le Professeur MAZEAUD, le droit de la consommation « *n'est pas si manichéen que certains le prétendent* » et que la protection du consommateur « *ne se déploie pas nécessairement au mépris des intérêts de professionnels* »¹⁴⁴⁹, ces derniers subissent toutefois les conséquences résultant de la mise en place d'un régime consumériste particulièrement protecteur. Ce droit n'est pas le seul à mettre à la charge du petit professionnel certaines obligations et il a été relevé que « *les dispositions du Code civil touchant les contrats sont assez volontiers favorables à celui qui doit recevoir une prestation en nature, et donc au client face à un professionnel* »¹⁴⁵⁰. Sous bien des aspects, la position du petit professionnel peut ainsi paraître compliquée compte tenu des devoirs qui lui sont imposés.

514. - **Démarche.** Si l'objectif n'est pas de procéder à une description de tous les régimes contraignants ni d'évoquer toutes les obligations propres à chaque profession, il est néanmoins important de mettre en évidence leur multiplication et leur caractère pesant pour le petit professionnel, dans le but final de sa protection. Une discussion autour de la légitimité et de l'ajustement de ces charges à l'égard de cet acteur doit ainsi être entreprise.

515. - **Plan.** Pour ce faire, il est donc indispensable de revenir sur les principales exigences pesant lourdement sur le petit professionnel (**Chapitre I**), afin d'envisager leur allègement (**Chapitre II**).

- **Chapitre I : Les exigences pesant sur le petit professionnel**
- **Chapitre II : L'allègement des exigences pesant sur le petit professionnel**

MALLARD, *Petit dans le marché. Une sociologie de la Très Petite Entreprise*, Paris, Presses des Mines, coll. Sciences sociales, 2011, n° 2, p. 16.

¹⁴⁴⁸ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018/2019, n° 3124.18, p. 1271.

¹⁴⁴⁹ D. MAZEAUD, « La formation du contrat », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 87 et s., spéc. 89.

¹⁴⁵⁰ J. HUET, « Introduction », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 1 et s., spéc. p. 3.

CHAPITRE I :

Les exigences pesant sur le petit professionnel

516. - **Présentation.** Comme tout professionnel, le petit professionnel est soumis à de nombreux devoirs et obligations mis en place par le législateur et la jurisprudence, notamment lorsqu'il est confronté à la législation consumériste.

Même s'ils sont parfois employés de manière équivalente, les termes d'obligation et de devoir doivent être précisés¹⁴⁵¹. Selon Monsieur HAGE-CHAHINE, l'obligation réside dans l'existence d'un lien de droit, tandis que l'absence de lien de droit caractérise le devoir. Ainsi, « *le devoir procède davantage d'une préoccupation de coopération entre les cocontractants* »¹⁴⁵² par rapport à l'obligation qui apparaît plus comme une contrainte, un impératif juridique. Les rapports entretenus par le petit professionnel doivent constituer une sorte de boussole permettant d'opérer la nuance entre ces notions notamment dès que la coopération mise en évidence s'impose dans ses relations. Néanmoins, la distinction entre ces notions n'est pas toujours « *évidente, ni même nécessaire* »¹⁴⁵³, de sorte qu'un « *glissement est intervenu quant à la signification de ces termes* »¹⁴⁵⁴, spécialement lorsqu'il s'agit d'appréhender le parallèle entre obligation d'information et devoir de conseil¹⁴⁵⁵. Aussi, la démarche entreprise conduisant à aborder indistinctement les obligations et les devoirs du petit professionnel, les termes seront quelquefois employés de manière indifférente.

¹⁴⁵¹ En ce sens, N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, éd. Panthéon-Assas, 2017. Rapp., M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992, l'auteur rappelant que « *la doctrine distingue en général l'obligation du devoir* », n° 4, p. 4.

¹⁴⁵² A. OUTIN-ADAM, « La loyauté dans le droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2000, n° 340, p. 36.

¹⁴⁵³ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 4, p. 4.

¹⁴⁵⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 465, p. 380.

¹⁴⁵⁵ V. *infra* n° 521 et s.

517. - **Démarche.** Il est nécessaire de procéder à un éclaircissement et d'identifier précisément les obligations susceptibles de mettre tout particulièrement le petit professionnel en difficulté, soit en raison des problématiques résultant de leur mise en œuvre, soit en raison des risques qu'elles font peser sur lui. Les obligations les plus contraignantes pour cet acteur sont à l'évidence celles qui nécessitent la mise en œuvre des éléments qui lui font défaut en raison de sa petite taille, conséquence d'un manque de moyens¹⁴⁵⁶, d'expérience, voire de compétence.

Que ce soit dans le cadre du droit commun ou des droits spéciaux, les obligations que supporte le professionnel, grand ou petit, présentent des similitudes¹⁴⁵⁷. Cependant, du fait qu'elles ne sont pas toujours mises en œuvre et exécutées dans les mêmes conditions, cela engendre une différence d'intensité. De plus, ces exigences ne font pas toujours peser les mêmes contraintes pour les professionnels qui se voient assujettis à de nouvelles obligations toujours plus strictes¹⁴⁵⁸.

518. - **Plan.** Alors que le petit professionnel apparaît comme un débiteur particulier d'obligations et de devoirs contraignants (Section I), il est également soumis à un régime strict pouvant mettre en difficulté l'exercice de son activité (Section II).

Section I : Le petit professionnel débiteur d'obligations et de devoirs contraignants

519. - **Présentation.** Le petit professionnel est un débiteur privilégié d'obligations toujours plus nombreuses dont l'intensité est particulièrement lourde. En ce sens, il convient d'observer que « *la Cour de cassation n'a eu de cesse, au cours du vingtième siècle d'introduire dans le champ contractuel des obligations – le plus souvent à la charge du professionnel – que les parties n'avaient point envisagées et qui, parfois, semblent un peu éloignées de l'objet du contrat* »¹⁴⁵⁹. Cibler les charges pesant spécialement sur le petit professionnel est essentiel pour constater le besoin d'attention voire de protection qui lui est

¹⁴⁵⁶ Qu'ils soient financiers, économiques, personnels, informatifs, etc.

¹⁴⁵⁷ Cette multiplicité contribue d'ailleurs à la lourdeur de ces contraintes.

¹⁴⁵⁸ Il est ainsi intéressant de relever que « *la technique contractuelle est devenue [...] intime de l'exercice professionnel* », ce qui engendre par nécessité de nombreux effets : D. LOCHOUARN, *La profession, Approche juridique de la notion*, th. Lyon III, 1998, n° 207, p. 218.

¹⁴⁵⁹ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 489 et s., spéc. n° 12, p. 503.

nécessaire en la matière¹⁴⁶⁰. Il convient également de mettre en évidence le fait que le consommateur, contractant privilégié et principal client du petit professionnel, a peu d'obligation contraignante à sa charge, à l'exception de celles issues du droit commun. Or, la taille inférieure du petit professionnel le met nécessairement dans une position délicate au regard de la lourdeur des obligations imposées par rapport à son cocontractant avec lequel il peut parfois partager, sous certains aspects, une situation similaire et présenter quelques ressemblances. Qui plus est sa petite taille ne semble pas le mettre à l'abri du développement actuel des obligations et devoirs à la charge de l'ensemble des professionnels.

520. - **Plan.** De l'obligation d'information et du devoir de conseil (I), en passant par l'obligation de sécurité (II), l'obligation de conformité ou de vigilance (III) et par l'obligation de loyauté (IV), voici une liste d'obligations qui apparaissent bien souvent difficiles à supporter pour le petit professionnel.

I. Obligation d'information et devoir de conseil

521. - **Distinction entre obligation d'information, devoir de conseil et devoir de mise en garde**¹⁴⁶¹. L'existence des obligations ou devoirs de renseignement, de conseil, de mise en garde et plus largement d'information n'est pas récente, tout comme leur différence et les nuances qui les caractérisent. Elle a été mise en évidence très tôt par les avancées jurisprudentielles et la détermination de certains auteurs¹⁴⁶². La diversité de ces contraintes permet également de se rendre compte de la richesse de leur développement. Il s'agit d'exigences qui n'ont pas la « *même charge juridique* »¹⁴⁶³. Ainsi, le devoir de conseil fait l'objet d'une appréciation circonstanciée, plus subjective donc, pour orienter le choix du bénéficiaire¹⁴⁶⁴, ici le professionnel va donner un avis¹⁴⁶⁵, tandis que l'obligation

¹⁴⁶⁰ Pour une approche générale des obligations pesant sur les professionnels : M. LEROY, *Contribution à l'étude des obligations du professionnel : le devoir de répondre des risques créés et de maîtrise professionnelle*, Toulouse, éd. Gazette du Midi, 1999.

¹⁴⁶¹ Pour un aperçu général : V. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018, n° 331 et s. Adde, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », *RDC*, 2012, n° 3, p. 1041, s'agissant de l'étude des obligations d'information, de conseil, de mise en garde, etc.

¹⁴⁶² J. GHESTIN, *Traité de droit civil, t. 2, Le contrat*, 2^e éd., 1988, LGDJ, p. 528 et s.

¹⁴⁶³ Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998, n° 1736.

¹⁴⁶⁴ Le Professeur LUCAS DE LEYSSAC a ainsi souligné, évoquant et citant le Doyen SAVATIER, que « *devoir un renseignement, c'est devoir une information à l'état brut, alors que « le conseil a pour but d'orienter une décision* » » : Cl. LUCAS DE LEYSSAC, « L'obligation de renseignements dans les contrats », in *L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation*, Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE

d'information est plus neutre, plus objective, en ce qu'elle existe au moment de la formation du contrat et se retrouve aussi au stade de son exécution. Enfin, le devoir de mise en garde porte sur la nécessité de prévenir une partie des risques engendrés par la conclusion du contrat, il « *consiste à attirer l'attention du cocontractant sur un aspect négatif du contrat* »¹⁴⁶⁶. En ce sens, il est proche de l'obligation d'information, et ce sont essentiellement les modalités de sa mise en œuvre qui lui confèrent une véritable originalité¹⁴⁶⁷. Ces obligations et devoirs s'entremêlent et s'articulent d'une certaine manière. Fort naturellement, ils vont entraîner la mise en œuvre de diligences spécifiques pour le débiteur et des attentes particulières pour le créancier. Principalement, l'accent doit ici être mis sur le pullulement et la multiplication des obligations d'information et la propagation du devoir de conseil qui se trouve accentué. Ce sont en effet les deux phénomènes les plus remarquables pour mettre en évidence les difficultés du petit professionnel en la matière.

522. - **Plan.** Il convient donc de revenir sur l'obligation d'information (A) et le devoir de conseil (B) également imposés au petit professionnel.

A. Une obligation d'information multipliée

523. - **Surabondance d'informations : d'une obligation d'information à des obligations d'information.** Tous les professionnels sont contraints de respecter une obligation d'information¹⁴⁶⁸. Il s'agit très certainement de l'obligation actuelle la plus pesante et la plus encadrée¹⁴⁶⁹, l'information étant le meilleur outil pour se préserver et donc se

(dir.), préf. Y. LOUSSOUARN, Paris, LGDJ, 1978, p. 305 et s., spéc. n° 3, p. 306. Cependant, il a également convenu qu'« *entre les deux, la limite est parfois « floue* » », *ibid.*

¹⁴⁶⁵ En ce sens, Madame FABRE-MAGNA a, de manière très pertinente, mis en évidence la différence existant entre « *le renseignement, qui est un simple fait brut* », et le conseil « *qui est une mise en relation d'un renseignement avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information* », M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 476, p. 389.

¹⁴⁶⁶ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 467, p. 381.

¹⁴⁶⁷ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 469, p. 383. Le devoir de mise en garde se rencontre principalement aujourd'hui en matière de responsabilité bancaire dans le cadre de la souscription d'un crédit, le banquier étant tenu de mettre en garde l'emprunteur sur les conséquences de son engagement eu égard à ses capacités financières et donc de remboursement.

¹⁴⁶⁸ Celle-ci apparaît tant dans leurs relations avec les consommateurs qu'avec d'autres professionnels, v. not. : J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249 et s.

¹⁴⁶⁹ Comme cela a été justement relevé, « *différents professionnels, chacun dans son secteur, doivent assumer une obligation d'information, voire de formation, juridique* » : N. MOLFESSIS, « De l'obligation de

protéger de son partenaire contractuel. Soumettre certains contractants à cette obligation est justifié dès lors que l'information est indispensable pour offrir une liberté totale de consentement¹⁴⁷⁰. De la surabondance d'informations à délivrer découle naturellement une multiplication des obligations afin d'assurer une information optimale de chacun. Un tel phénomène est de nature à engendrer des complications manifestes pour le petit professionnel, les charges imposées rendant difficile l'exploitation de son activité et l'exercice de ses relations contractuelles¹⁴⁷¹. À cela s'ajoute le fait que l'information à fournir peut aussi bien être de nature précontractuelle que contractuelle, c'est-à-dire qu'elle peut être exigée avant même la conclusion du contrat mais également pendant la relation contractuelle¹⁴⁷².

524. - **Fondement.** Les débats portant sur l'existence de l'obligation d'information ne sont pas récents¹⁴⁷³ et il n'est pas étonnant que les sociétés modernes aient également été confrontées à cette problématique. En droit des contrats, les situations d'inégalité entre les parties ont engendré par ricochet une disparité dans le degré d'information des contractants. À la suite de « *la renaissance de l'obligation d'information* » au XX^e siècle¹⁴⁷⁴, le droit positif a ainsi reconnu l'existence d'une obligation générale d'information¹⁴⁷⁵. L'objectif est d'assurer la transparence de la relation contractuelle et de renforcer la loyauté, ainsi que l'équilibre entre les contractants. Le législateur intervient surtout dans les contrats considérés comme

renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, LexisNexis, Dalloz, 2012, spéc. n° 33, p. 952-953.

¹⁴⁷⁰ À l'heure actuelle, il est évident que le monde contractuel est soumis à une multiplication et à un foisonnement des informations, qu'il s'agisse des informations juridiques issues des lois, des décrets, ou encore des directives européennes, mais aussi des informations techniques ou pratiques propres à la variété, voire à la complexité des produits, des services, ou des technologies proposés. Cette obligation s'élargit et le professionnel, même petit, est bien souvent perçu comme un professionnel du droit disposant à cet égard de compétences rédactionnelles et techniques similaires à celles de tous les autres professionnels susceptibles pourtant de profiter d'un service juridique et de moyens importants.

¹⁴⁷¹ Compte tenu notamment de la rapidité d'évolution des produits, les formations nécessaires parfois non assurées ou simplement non effectuées, éventuellement par manque de moyens financiers, par manque de temps en raison par exemple d'un personnel moins important, et impliquant un manque de compétence.

¹⁴⁷² Ce qui conduit à l'application de régimes juridiques différents, s'agissant notamment de la sanction mise en œuvre en cas de manquement à l'une ou l'autre de ces obligations.

¹⁴⁷³ V. not. : D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999, spéc. n° 225 et s., p. 127 et s., où l'auteur évoque les controverses ayant animé les auteurs de l'Antiquité et notamment CICERON. En effet, il reprend l'histoire évoquée dans *De officiis*, s'agissant d'une famine ayant touché Rhodes et durant laquelle un marchand de blé, informé que des vaisseaux chargés arrivent, décide de vendre à prix fort ses stocks. Bien que condamnable moralement, le comportement du marchand pose question d'un point de vue juridique dès lors que celui-ci dispose d'une information dont la valeur est évidente. Est-il possible de fonder l'obligation d'information sur la nécessaire bonne foi, ou encore sur le devoir d'honnêteté du marchand ?

¹⁴⁷⁴ D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, op. cit., n° 236, p. 134.

¹⁴⁷⁵ V. not., M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992.

inégalitaires en mettant « *une ou plusieurs obligations d'information à la charge de l'un des contractants bénéficiant d'un pouvoir ou étant présumé être détenteur de ce pouvoir* »¹⁴⁷⁶.

Ces dernières années, un alourdissement de cette obligation à la charge du professionnel a eu lieu. Ainsi, « *toutes les professions sans exclusive, sont concernées par l'extension actuelle du champ d'application de l'obligation d'information* »¹⁴⁷⁷, quelle que soit la taille des professionnels¹⁴⁷⁸.

525. - **Plan.** Qu'elle soit issue des dispositions du droit commun (1), ou des droits spéciaux (2), l'obligation d'information pèse considérablement sur le petit professionnel.

1. Obligation d'information étendue en droit commun

526. - **Explications.** Selon DEMOGUE, l'une « *des conséquences de l'idée de collaboration entre contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des évènements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »¹⁴⁷⁹. Elle est donc de nature à mettre en évidence l'esprit de solidarité qui doit régner dans toute relation contractuelle quel qu'en soit le stade¹⁴⁸⁰. Si la liste des débiteurs d'obligations d'information ne fait que s'accroître¹⁴⁸¹, la prise de conscience la plus évidente en la matière résulte des avancées constatées en droit commun. En effet, la réforme du droit des contrats a consacré, à côté des obligations d'information déjà insérées dans le Code civil, une nouvelle obligation d'information précontractuelle.

527. - **Une avancée jurisprudentielle.** Avant même la réforme du droit des contrats, la Cour de cassation était venue « *transfigurer* » l'ensemble du processus contractuel en la

¹⁴⁷⁶ F. ROGUE, *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. M. AUDIT, postface L. MAUGER-VIELPEAU, Bibliothèque des thèses, éd. Mare & Martin, 2017, n° 882, p. 515.

¹⁴⁷⁷ M. TCHENDJOU, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », *JCP G.*, n° 24, 11 juin 2004, doct. 141, spéc. n° 14.

¹⁴⁷⁸ Le petit professionnel, comme tout professionnel, se trouve en outre débiteur d'une obligation de renseignement et doit lui-même se documenter sur les éventuels éléments essentiels, peu importe sa qualité.

¹⁴⁷⁹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, II. Effets des Obligations*, T. VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 29, p. 38.

¹⁴⁸⁰ Il existe, en effet, une distinction entre les informations dues au titre de la conclusion du contrat (C. civ., art. 1112-1) et les informations attendues au titre de son exécution (par ex., sur le fondement de la bonne foi : C. civ., art. 1104).

¹⁴⁸¹ Pour s'en convaincre, il suffit de relever les obligations d'information qui « pullulent » dans de nombreux domaines comme, par exemple, en matière de « e-commerce » : G. LOISEAU, « Les obligations d'information des intermédiaires du commerce électronique », *CCE*, oct. 2015, comm. 78.

matière¹⁴⁸². Aussi, la mise en œuvre d'une obligation d'information n'a pas fait exception à l'action des hauts magistrats¹⁴⁸³ qui ont notamment pu utiliser à leur avantage le devoir de bonne foi prévu par l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil pour en assurer l'essor. À la suite du développement de la jurisprudence, le législateur est venu consacrer et encadrer la mise en œuvre d'obligations d'information afin de répondre aux difficultés résultant de la complexification des contrats¹⁴⁸⁴.

528. - **Obligation d'information précontractuelle de droit commun.** Bien que décelée par la jurisprudence sur la base d'un devoir plus large de loyauté, l'obligation générale d'information a fait son apparition dans le droit commun par le législateur¹⁴⁸⁵. L'article 1112-1 du Code civil est ainsi venu asseoir l'existence d'une obligation d'information précontractuelle qui contraint chaque partie à délivrer toute information qu'il connaît et « *dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* », ce en cas d'ignorance ou de confiance de son cocontractant¹⁴⁸⁶. Cette exigence d'informer son partenaire des informations pouvant apparaître comme déterminantes conduit à une nécessaire appréciation, notamment du contenu du contrat, mais aussi de la qualité des parties, qui vont constituer des éléments essentiels pour établir le caractère déterminant ou non des informations en cause¹⁴⁸⁷. Sur le plan de la qualité des parties, deux interprétations peuvent alors être envisagées : soit il y a lieu tout simplement d'ignorer et de supprimer la distinction entre professionnel et consommateur, soit il convient d'imaginer que ces dispositions n'ont vocation à s'appliquer que dans les relations entre consommateurs¹⁴⁸⁸. Aussi, l'obligation d'information a été érigée par le texte lui-même en disposition d'ordre public dès lors que les parties ne peuvent ni la limiter, ni l'exclure.

¹⁴⁸² D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, chron., p. 291, spéc. n° 3.

¹⁴⁸³ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 ; *Bull. civ.* I, n° 75 ; *D.*, 1997, somm., p. 319, obs. J. PENNEAU ; *Gaz. Pal.*, 1997, 1, 274, rapp. P. SARGOS, note J. GUIGUE ; *RTD civ.*, 1997, p. 434, obs. P. JOURDAIN ; *RGDA*, 1997, p. 852, note Ph. REMY. S'agissant, en l'espèce, d'un médecin qui était tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et à qui il incombait d'en prouver l'exécution.

¹⁴⁸⁴ À cet égard, la longueur et la technicité toujours plus importantes des contrats rendent l'appréhension des actes parfois délicate. De nombreux domaines sont touchés par ce phénomène, comme le droit des assurances qui a vocation à concerner tous les contractants quel que soit leur statut. Aussi, ni le consommateur, ni le petit professionnel ne sont épargnés par cette évolution.

¹⁴⁸⁵ Il faut rappeler que les différents projets de réforme du droit des contrats prévoyaient la mise en place d'une obligation d'information : art. 1110 de *l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* conduit par le Professeur CATALA ; art. 50 du projet de la Chancellerie de 2008 ; art. 33 du projet *Pour une réforme du droit des contrats*, projet établi sous la direction du Professeur TERRE.

¹⁴⁸⁶ C. civ., art. 1112-1.

¹⁴⁸⁷ C. civ., art 1112-1, al. 3.

¹⁴⁸⁸ Étant relevé ici que cette règle a vocation à faire double emploi avec la législation consumériste sur laquelle : v. *infra* n° 533 et s.

De toute évidence, l'obligation d'information précontractuelle a une influence sur la situation du petit professionnel. En effet, si ce dernier est susceptible de prétendre au bénéfice de ces dispositions¹⁴⁸⁹, il se trouve surtout soumis à celles-ci et donc débiteur de cette obligation. Par conséquent, et malgré sa position parfois délicate, il sera tenu de fournir toute information déterminante à son partenaire. Bien entendu, chaque contractant se doit de respecter cette obligation et l'appréciation du caractère objectif et déterminant de l'information permettra, dans une certaine mesure, de limiter son poids pour le petit professionnel¹⁴⁹⁰, mais celui-ci ne peut pas malgré tout s'y soustraire.

529. - **Étendue de l'obligation d'information et petit professionnel.** D'ordre public, l'obligation d'information ainsi consacrée ne pourra pas être aménagée par les parties au contrat¹⁴⁹¹. Il résulte de la rédaction de l'article 1112-1 du Code civil que le débiteur de l'obligation devra connaître l'information à délivrer et non pas être présumé la connaître. Cependant, la qualité du contractant débiteur d'une obligation d'information ne peut être laissée de côté. Étant amené à préciser l'importance déterminante de l'information pour le contractant, le juge devra de toute évidence apprécier la qualité des parties au contrat pour établir le lien avec le consentement et le contenu de l'acte conclu¹⁴⁹². De la mise à la charge du professionnel d'une obligation d'information résultera donc une contrainte qui elle-même dépend de sa présomption de compétence et de son état de sachant par rapport aux autres contractants. Tous les professionnels ne sont pas pourvus des mêmes compétences et des mêmes moyens d'action, et le petit professionnel ne peut être considéré au même titre que les autres¹⁴⁹³. Le caractère plus contraignant de l'obligation d'information mise à sa charge devra donc être discuté et son allègement envisagé¹⁴⁹⁴. Dans ces conditions, le petit professionnel ne peut être totalement assimilé à un véritable professionnel sachant. Or, l'obligation d'information a précisément pour objectif d'apporter un éclairage au consentement du contractant ignorant et non l'inverse.

À cela s'ajoute la difficulté résultant de la délivrance loyale de l'information. Cette dernière ayant pour objectif d'éclairer le consentement de son créancier, elle doit porter sur

¹⁴⁸⁹ V. *infra* n° 668 et s.

¹⁴⁹⁰ D'autant plus que si le petit professionnel ne connaît pas l'information en cause, il n'est pas tenu par cette obligation.

¹⁴⁹¹ C. civ., art. 1112-1, al. 5.

¹⁴⁹² Par ex., il est possible de penser que le lien de confiance entre les parties ne sera pas considéré de la même manière lorsqu'il s'agira d'appréhender une relation « professionnel-professionnel » ou une relation « professionnel-profane ».

¹⁴⁹³ D'autant que c'est bien au débiteur de l'obligation d'en démontrer l'exécution : C. civ., art. 1112-1, al. 4.

¹⁴⁹⁴ V. *infra* n° 623.

l'ensemble des éléments susceptibles de répondre à cette exigence. Autrement dit, le débiteur de l'obligation précontractuelle d'information est tenu de communiquer tous les ingrédients permettant d'assurer l'expression d'un consentement éclairé. Cela alourdit à l'évidence la situation du petit professionnel, d'autant qu'il ne s'agit pas de la seule obligation de droit commun envisagée étant donné les avancées réalisées par le droit européen.

Enfin, sans rassurer tout à fait le petit professionnel, le texte inséré dans le Code civil a tout de même vocation à supprimer la distinction qui existe entre le professionnel et le consommateur. Si tel était le cas dans la pratique, il apporterait une véritable nouveauté en ce qu'il conduirait à assimiler dans cette hypothèse ces deux contractants. Aussi, une telle situation tendrait en quelque sorte à faire régresser la protection du consommateur puisque celle-ci ne s'appliquerait plus de manière exclusive à ce dernier. Un consommateur passionné et informé dans un domaine précis pourrait alors être tenu de délivrer l'information attendue s'il la connaît et qu'elle est déterminante pour son partenaire¹⁴⁹⁵.

530. - **Une volonté du droit commun européen.** Il n'est pas possible d'appréhender l'obligation d'information en droit commun sans évoquer les projets européens. Ces derniers ne demeurent pas, en effet, indifférents à la question de l'information des contractants. L'existence d'une obligation générale d'information a ainsi été pensée au niveau des nombreux projets doctrinaux d'uniformisation. Les *Principes du droit européen du contrat* prévoient, par exemple, l'octroi de dommages-intérêts en cas d'information inexacte¹⁴⁹⁶, ou encore la nullité du contrat lorsqu'une partie a « *omis dolosivement de révéler une information que la bonne foi lui commandait de révéler* »¹⁴⁹⁷. Plus précisément, le projet de *Cadre commun de référence* établi par l'Association Henri CAPITANT et la Société de Législation Comparée met en place, comme le *Code européen des contrats*¹⁴⁹⁸, un véritable devoir d'information¹⁴⁹⁹. L'évocation de celui-ci est particulièrement intéressante en ce que l'article 2 : 102 (3) précise que « *La partie qui dispose d'une compétence technique particulière au regard de l'objet du contrat supporte un devoir d'information renforcé à*

¹⁴⁹⁵ Ainsi, à titre d'exemple, un collectionneur de vieilles voitures ou de voitures de luxe particulièrement au fait de leur entretien et des exigences propres à leur conservation ou à leur utilisation, serait susceptible d'être plus compétent et plus éclairé dans ce domaine qu'un « simple » garagiste qui ne serait pas familiarisé avec ce type de véhicules.

¹⁴⁹⁶ PDEC, art. 4 : 106.

¹⁴⁹⁷ PDEC, art. 4 : 107.

¹⁴⁹⁸ CEC, art. 7. La rédaction de ce texte apparaît plus contraignante que celle de l'article 1112-1 du Code civil dès l'instant qu'une partie doit informer son cocontractant « *sur chaque circonstance de fait et de droit dont elle a connaissance* », mais également sur celle « *dont elle doit avoir connaissance* », ce qui laisse la place à une certaine présomption de connaissance de l'information qui est exclue par le texte français.

¹⁴⁹⁹ CCR, art. 2 : 102.

l'égard de son partenaire »¹⁵⁰⁰. La qualité des parties semble donc prise en compte ici, notamment celle du professionnel qui est présumé disposer de compétences spécifiques. Dès lors, le petit professionnel apparaît également concerné par une telle approche. De manière plus expresse, le professionnel est directement visé par les textes du *Draft common frame of reference* qui envisagent la mise en place d'un véritable devoir d'information avec un régime autonome¹⁵⁰¹. Celui-ci est d'ailleurs attendu et exigé même dans les relations entre professionnels¹⁵⁰². Au regard de l'ensemble de ces projets, il convient de constater que le droit européen conçoit aussi l'instauration d'un devoir d'information à la charge du petit professionnel. Une nouvelle fois, ce dernier ne peut se dérober et doit faire face à une charge supplémentaire.

531. - **Transition.** Le droit commun n'est pas le seul à prévoir la mise en œuvre d'obligations d'information ; les droits spéciaux apparaissent également comme de véritables initiateurs en la matière, ce qui n'est pas toujours favorable au petit professionnel.

2. Obligation d'information renforcée par les droits spéciaux

532. - **Diversité des obligations établies par les droits spéciaux.** Les obligations spéciales d'information sont multiples. Les droits spéciaux constituent, en effet, un terrain fertile pour mettre à la charge des contractants et notamment du petit professionnel certaines obligations dont le contenu varie en fonction du domaine concerné. Si une telle démarche est soutenue par l'idée de la distinction de deux catégories de contractants que sont les consommateurs d'une part, et les professionnels de l'autre, ce phénomène est de nature à accentuer le mouvement tendant au renforcement des obligations d'information mises à la charge du petit professionnel. La protection accordée en raison de l'inégalité entre les contractants peut donc se faire au détriment de certains et il y a lieu de dénoncer ici l'ampleur de ce phénomène dans la situation du petit professionnel. Ainsi, qu'il s'agisse du droit de la consommation ou du droit de la concurrence, différentes dispositions prévoient la mise en œuvre d'une obligation générale ou particulière d'information¹⁵⁰³. Il convient de s'attarder sur

¹⁵⁰⁰ Personnellement et volontairement souligné.

¹⁵⁰¹ DCFR, art. II-3 : 101 et s.

¹⁵⁰² DCFR, art. II-3 : 101 (2).

¹⁵⁰³ Dans ces matières, il est intéressant de relever que si la jurisprudence ne demeure pas étrangère à l'évolution des obligations d'information, le législateur joue un rôle crucial en consacrant de nombreuses obligations légales d'information dont le caractère spécial incite à la vigilance du débiteur.

quelques exemples d'obligations d'information renforcées à la charge de la partie présumée être la plus forte¹⁵⁰⁴.

533. - **Droit de la consommation. Généralités.** À côté du droit commun et de son obligation générale d'information, la législation consumériste prévoit d'autres obligations d'information qui viennent encadrer l'inégalité contractuelle et entre lesquelles Madame ROGUE opère une distinction¹⁵⁰⁵. Les obligations d'information mises à la charge du professionnel au profit du consommateur sont désormais bien connues et la doctrine a eu l'occasion d'en esquisser les contours¹⁵⁰⁶. À cet égard, il y a d'ores et déjà lieu de rappeler que le Code de la consommation prévoit à la fois une obligation générale d'information précontractuelle d'ordre public au caractère très étendu¹⁵⁰⁷, et des obligations d'information plus spécifiques de nature précontractuelle ou non destinées à certains types de contrats¹⁵⁰⁸. Le renforcement et l'alourdissement du nombre d'obligations d'information au sein du droit de la consommation s'expliquent surtout par la volonté du législateur de protéger le consommateur, contractant en situation d'infériorité. Le professionnel va ainsi se voir imposer un grand nombre d'obligations d'information, ce qui va toucher spécialement la situation du petit professionnel.

534. - **Obligations d'information issues du droit de la consommation. Spécificités.** Dans le cadre des contrats de consommation, le législateur est tout particulièrement venu renforcer l'obligation d'information du contractant professionnel afin de protéger le consommateur. Le droit de la consommation apparaît ainsi comme « le droit » propice à la mise en place d'une obligation générale d'information. Pour illustrer cette réalité, il a été dit

¹⁵⁰⁴ En gardant à l'esprit que dans l'hypothèse du petit professionnel, cette présomption est de nature à se retourner contre lui par l'alourdissement naturel de ses charges.

¹⁵⁰⁵ F. ROGUE, *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. M. AUDIT, postface L. MAUGER-VIELPEAU, Bibliothèque des thèses, éd. Mare & Martin, 2017, n° 885, p. 517.

¹⁵⁰⁶ V. par ex. : C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Collection Thèses de Sciences Humaines n° 12, éd. Academia, Bruylant, 2003, n° 358 et s., p. 197 et s. Rapp., J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2015 ; Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. Université, 4^e éd., 2018 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 2018.

¹⁵⁰⁷ C. consom., art. L. 111-1 et s. s'agissant du principe, C. consom., art. L. 131-1 et s., s'agissant des sanctions applicables en cas de manquement.

¹⁵⁰⁸ Par ex., il est possible de relever l'existence d'une obligation d'information précontractuelle propre aux contrats conclus à distance et hors établissement (C. consom., art. L. 221-5 et s.), ou encore d'une obligation d'information spéciale en matière de cautionnement, la caution devant être informée de la défaillance du débiteur principal (C. consom., art. L. 333-1 et s.).

que « *son objet essentiel semble être, plutôt que la protection, l'information* »¹⁵⁰⁹. Le petit professionnel est débiteur envers le consommateur de plusieurs obligations d'information : une obligation précontractuelle d'information d'ordre général¹⁵¹⁰ et des obligations d'information propres à certains contrats spécifiques.

Par conséquent, le petit professionnel doit fournir au consommateur de nombreuses informations précises afin de lui permettre d'apprécier la portée du contrat conclu. À regarder ces éléments de plus près, il est possible de constater que le petit professionnel est conduit à transmettre une multitude d'informations à son cocontractant consommateur¹⁵¹¹. D'autres textes prévoient la délivrance au consommateur d'informations supplémentaires préalablement à la conclusion du contrat. Spécialement, en matière de contrats conclus à distance et hors établissement, les dispositions de l'article L. 221-5 du Code de la consommation prévoient que le professionnel, même petit, transmette diverses autres informations¹⁵¹², en plus de celles prévues aux articles L. 111-1 et L. 111-2 du même Code. En résumé, il est contraint d'adresser un ensemble d'informations portant sur les caractéristiques essentielles des biens ou des services proposés. Le Professeur MALAURIE

¹⁵⁰⁹ Ph. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz, Litec, 1999, p. 187 et s., spéc. p. 195. Le Professeur MALAURIE estime ainsi : « *Mieux vaut être informé [...] qu'être protégé* ».

¹⁵¹⁰ Considérée véritablement comme « *l'un des droits fondamentaux du consommateur* » : S. BERNHEIM-DESVAUX, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation – Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles », CCC, n° 1, janv. 2019, étude 1, spéc. n° 5.

¹⁵¹¹ L'art. L. 111-1 du C. consom. dispose : « *Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente ou de fourniture de service, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :*

1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;

2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ;

3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;

4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte ;

5° S'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles ;

6° La possibilité de recourir à un médiateur de la consommation dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI.

La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Les dispositions du présent article s'appliquent également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Ces contrats font également référence à la nécessité d'une consommation sobre et respectueuse de la préservation de l'environnement ».

¹⁵¹² Ainsi, le professionnel doit notamment indiquer les modalités d'exercice du droit de rétractation s'il existe, ou encore les éventuels frais mis à la charge du consommateur.

admettait déjà à la fin du siècle dernier que « *le droit français est peut-être allé trop loin dans l'information du consommateur et la généralisation de l'obligation de renseignement* »¹⁵¹³.

Le droit de la consommation se situe donc au centre de la « *boulimie informative* » dénoncée par certains auteurs¹⁵¹⁴. De surcroît, si ce phénomène est pour une majeure partie louable dans son objectif de protection du consommateur, il convient aussi de le mesurer à l'aune de la position particulière du petit professionnel, spécialement pour les obligations qui ont fait l'objet d'un renforcement législatif ou jurisprudentiel et dont les effets parfois négatifs ne sont pas étrangers à la situation difficile de ce petit contractant.

535. - **Renforcement du formalisme informatif.** Alors que le formalisme mis à la charge du professionnel est, de manière générale, de plus en plus accru¹⁵¹⁵, le formalisme propre à la délivrance de l'information au consommateur ne fait pas exception. La loi contraint ainsi le professionnel à respecter une obligation de clarté et de compréhension de l'information délivrée, celle-ci étant généralement mise en œuvre par la transmission d'un écrit. Cela permettra le cas échéant au professionnel de se prémunir d'un moyen de preuve quant à l'exécution de son obligation et, bien que cela ne fasse pas du contrat de consommation un acte solennel, de satisfaire au contenu imposé par le législateur lui-même¹⁵¹⁶. Néanmoins, il faut relever que si ce mécanisme a pour objectif de protéger le plus faible contre celui qui est supérieur, il impose des contraintes importantes. Or, les effets engendrés peuvent être conséquents lorsque la personne présumée détenir le pouvoir, comme le professionnel, ne dispose pas réellement de telles aptitudes, comme c'est le cas du petit professionnel.

536. - **Renforcement du caractère et du contenu de l'obligation d'information. Exactitude de l'information.** L'obligation d'information implique d'une certaine manière « *une obligation de vérité* »¹⁵¹⁷. Pour illustrer cette position, il est intéressant d'évoquer l'exemple du message publicitaire qui affecte le contenu du contrat et engage le

¹⁵¹³ Ph. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz, Litec, 1999, p. 187 et s., spéc. p. 195.

¹⁵¹⁴ G. LOISEAU, « Les obligations d'information des intermédiaires du commerce électronique », *CCE*, oct. 2015, comm. 78.

¹⁵¹⁵ V. *infra* n° 574 et s.

¹⁵¹⁶ Qu'il s'agisse de l'insertion obligatoire des clauses types dans le contrat ou simplement de certaines mentions légalement prévues, le contenu du contrat est particulièrement encadré en droit de la consommation, ce qui n'est pas sans faire penser au risque de créer une forme de contrat dirigé dont l'existence avait déjà été dénoncée par le Doyen JOSSERAND : L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *D. H.*, 1933, chron., p. 89.

¹⁵¹⁷ A. OUTIN-ADAM, « La loyauté dans le droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2000, n° 340, p. 36.

professionnel¹⁵¹⁸. De même, l'information à délivrer en matière médicale met en évidence l'idée de renforcement du caractère et du contenu de l'obligation en cause. La rédaction particulièrement développée de l'article L. 1111-2 du Code de la Santé Publique témoigne de cette réalité¹⁵¹⁹. Précédemment, l'étude de l'obligation d'information en droit commun a aussi révélé son caractère déterminant pour le consentement de l'autre partie, ce qui a vocation à être la même chose en matière de consommation où une forme de présomption irréfragable de connaissance de l'information par le professionnel s'instaure¹⁵²⁰. Corrélativement, en cas d'ignorance, le professionnel est encouragé à rechercher cette connaissance au risque de manquer à l'obligation de s'informer et de ne pas la respecter. Cela constitue de toute évidence, un alourdissement et un renforcement du devoir d'information mis à la charge du professionnel, et *a fortiori* du petit professionnel.

537. - **Renforcement de l'obligation d'information par une extension du domaine de l'obligation de publicité des prix.** L'obligation d'information qui pèse sur les professionnels relativement aux prix présente un statut particulier. Afin de rendre plus efficace l'information sur les prix à la charge du professionnel, la réglementation impose une obligation de publicité des prix. C'est ainsi que tout professionnel, même petit, est tenu d'assurer le marquage, l'étiquetage ou l'affichage des prix ainsi que des conditions particulières¹⁵²¹. Tous les professionnels qui vendent des produits ou qui rendent des services aux consommateurs sont concernés de manière indifférente par cette obligation légale¹⁵²². Elle peut également prendre la forme d'une obligation d'informer le consommateur sur le mode de calcul du prix lorsqu'il ne peut pas être calculé à l'avance¹⁵²³.

538. - **Renforcement de l'obligation d'information et principe de loyauté.** Il a justement été mis en évidence que l'obligation d'information « *correspond à un élémentaire souci de loyauté* »¹⁵²⁴. Cette réflexion prend un sens particulier dans les relations « professionnels-consommateurs » dès lors que le premier est souvent perçu comme celui qui

¹⁵¹⁸ Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998, n° 1752.

¹⁵¹⁹ Les professionnels de santé sont, en effet, tenus de respecter un certain protocole et de nombreuses recommandations pour délivrer l'information, les enjeux pouvant bien entendu expliquer une telle démarche.

¹⁵²⁰ C'est d'ailleurs l'un des apports majeurs de l'information puisque sa délivrance répond à une exigence d'équilibre et de protection, elle doit nécessairement présenter un intérêt particulier pour l'autre partie.

¹⁵²¹ C. consom., art. L. 112-1.

¹⁵²² G. CHANTEPIE, *La lésion*, préf. G. VINEY, Biblio.dr. privé, t. 467, LGDJ, 2006, n° 236.

¹⁵²³ C. consom., art. L. 112-3.

¹⁵²⁴ S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC*, n° 97, 1^{er} oct. 2012.

tente d'abuser du second, de profiter de sa crédulité et de son besoin de consommation. Le législateur européen en est d'ailleurs bien conscient et il n'hésite pas à rappeler l'exigence de loyauté dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation d'information dans les relations de consommation¹⁵²⁵. Quel que soit l'échelon auquel elle est pensée, l'obligation d'information n'échappe donc pas à ce phénomène d'expansion de la loyauté au sein des relations contractuelles¹⁵²⁶. Cette dernière rajoute donc de la pression au petit professionnel dans son exécution. De surcroît, le législateur va désormais plus loin en mettant en place des obligations qui « *vont au-delà de la simple obligation d'informer l'autre contractant au nom du devoir de loyauté* »¹⁵²⁷. De ce fait, même l'exigence de loyauté apparaît insuffisante à garantir une protection du contractant en situation de faiblesse et le professionnel se trouve chargé de nouvelles contraintes. Si le contrat ne doit pas permettre la prise de pouvoir d'une partie sur l'autre en raison notamment d'un déséquilibre informationnel, il convient néanmoins de ne pas en faire à l'inverse un lieu d'assujettissement en accablant certains contractants comme le petit professionnel.

539. - Renforcement de l'obligation générale d'information du vendeur. Quelques textes spécifiques du Code civil prévoient également une obligation d'information à la charge de certains contractants. Ainsi, le droit commun de la vente impose à tous les vendeurs, professionnels ou non, de nombreuses obligations notamment celle d'informer l'acheteur sur l'étendue de son engagement¹⁵²⁸. Cette obligation a d'ailleurs une vocation plus large en ce qu'elle s'apparente à une véritable obligation de renseignement¹⁵²⁹, voire à un indubitable devoir de conseil¹⁵³⁰. Elle a, en outre, vocation à s'appliquer à différents types de

¹⁵²⁵ V. par ex. : Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOUE* n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19-27. Ainsi, après avoir énuméré l'ensemble des informations préalables à la conclusion de tout contrat à distance que le professionnel doit délivrer au consommateur, l'article 4 de la directive, dans un deuxième paragraphe, prévoit que ces informations doivent être « *fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, dans le respect, notamment, des principes de loyauté en matière de transactions commerciales et des principes qui régissent la protection des personnes frappées d'incapacité juridique selon leur législation nationale, telles que les mineurs* » (Personnellement et volontairement souligné).

¹⁵²⁶ À titre illustratif, au niveau européen, le Projet de droit commun de la vente prévoyait dans son article 23 relatif à l'obligation de divulguer des informations dans le cadre des relations entre professionnels l'hypothèse dans laquelle la non-divulgaration de l'information à l'autre partie « *serait contraire au principe de bonne foi et de loyauté* » (DCEV, art. 23, §1).

¹⁵²⁷ F. ROGUE, *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale. Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 885, p. 517.

¹⁵²⁸ C. civ., art. 1602.

¹⁵²⁹ À titre d'exemple, un vendeur professionnel a été sanctionné pour avoir omis d'indiquer à l'acquéreur l'existence d'une interdiction de construire sur un terrain dont il ne pouvait ignorer la réalité : Cass. 3^{ème} civ., 2 déc. 1992, n° 90-20.363, *JCP N.*, 1993, II, 195, obs. L. LEVENEUR.

¹⁵³⁰ V. *infra* n° 549.

contrat, qu'il s'agisse d'une simple vente de matériel informatique¹⁵³¹ ou d'une vente plus complexe d'immeuble¹⁵³².

Aussi, il est intéressant d'apprécier cette obligation au regard de la situation du petit professionnel puisque sa singularité justifie une attention particulière alors même qu'en cas de manquement à son obligation le professionnel vendeur engage sa responsabilité contractuelle et peut être tenu de réparer le préjudice subi par l'acheteur en étant condamné au versement de dommages-intérêts¹⁵³³. Cette obligation générale du vendeur n'aura bien entendu pas le même poids en fonction de la taille de celui-ci. Par exemple, les conditions de fourniture d'un mode d'emploi sur un support considéré peuvent entraîner des charges importantes pour certains vendeurs de petite taille¹⁵³⁴. Néanmoins, l'obligation d'information imposée au vendeur professionnel à ce titre « *n'a pas paru suffisante dans les contrats de consommation* » de sorte qu'elle a été renforcée par d'autres textes spécifiques¹⁵³⁵ et que le petit professionnel n'est donc pas au bout de ses peines quant aux obligations mises à sa charge relativement à l'exigence d'information.

540. - Renforcement de l'obligation d'information de l'opérateur de plateforme en ligne. L'opérateur de plateforme en ligne qui exerce à titre professionnel est tenu de fournir au consommateur « *une information loyale, claire et transparente* » sur de nombreux éléments tels que les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation proposé, l'existence d'une relation contractuelle ou d'une rémunération à son profit, et encore la qualité de l'annonceur¹⁵³⁶. De manière plus précise, les dispositions de l'article D. 111-8, du Code de la consommation prévoient les modalités de mise en œuvre de cette obligation et les informations à communiquer pour les opérateurs en fonction de leur activité. Cette obligation d'information propre aux plateformes en ligne est intéressante en ce qu'elle opère une

¹⁵³¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1993, n° 91-16.344.

¹⁵³² Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} juill. 1998 ; *JCP E.*, 1998, 1525.

¹⁵³³ Il convient de noter ici que la sanction prévue par l'article 1602 alinéa 2 du Code civil, à savoir que le pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur, concerne principalement la mauvaise information délivrée et non réellement le défaut d'information.

¹⁵³⁴ Il suffit de penser ici aux modalités de communication par voie électronique ou par voie papier dès lors que le professionnel doit s'assurer de la possibilité pour l'acheteur d'avoir accès au document transmis. V. par ex., la discussion sur ce point : Sénat, Question écrite n° 21704 du 29 déc. 2011 « Obligation pour le vendeur d'un bien de renseigner l'acheteur » de M. Jean Louis MASSON, *JO*, Sénat du 29 déc. 2011 et du 19 avr. 2012 ; Réponse du Secrétaire d'État chargé du Commerce, de l'Artisanat, des petites et moyennes entreprises, du Tourisme, des Services, des Professions libérales et de la Consommation, *JO*, Sénat du 17 mai 2012. Rapp., Assemblée Nationale, Question n° 125690 du 3 janv. 2012 « Consommation – Information des consommateurs – Modes d'emploi, réglementation » de Madame Marie-Jo ZIMMERMANN, *JO*, Assemblée Nationale du 3 janv. 2012 et du 15 mai 2012.

¹⁵³⁵ G. RAYMOND, « Protection du consommateur – Directive consommateur n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 », *CCC*, n° 2, févr. 2012, étude 3, spéc. n° 12.

¹⁵³⁶ C. consom., art. L. 111-7.

distinction selon la qualité des parties concernées. Ainsi, la délivrance de chaque information est organisée selon que l'opérateur exerce une activité à titre professionnel de mise en relation de plusieurs parties¹⁵³⁷ ou qu'il a uniquement pour vocation de mettre en relation « *des consommateurs ou des non-professionnels entre eux* »¹⁵³⁸. Cette démarche augmente les difficultés pour le débiteur de l'obligation dès lors qu'il est prévu différentes catégories d'informations à délivrer¹⁵³⁹. Il est vrai que la sphère des plateformes en ligne exige une attention et une rigueur particulière, cependant, il est possible de s'interroger sur la lourdeur de ce mécanisme¹⁵⁴⁰. En ce domaine, il a justement été relevé que « *la boulimie informative du droit de la consommation gagne ainsi, encore et encore, du terrain* », révélateur par ailleurs « *des incohérences, symptômes de la précipitation du législateur* »¹⁵⁴¹. En outre, ces obligations ont une portée élargie et concernent aussi bien le petit professionnel que d'autres contractants, même non-professionnels, bien que la qualité de professionnel conduise une nouvelle fois à un surplus d'exigences.

541. - **Renforcement de l'obligation d'information et droit européen spécial des contrats.** Qu'il s'agisse des directives élaborées pour encadrer les relations consuméristes¹⁵⁴² ou du projet de règlement pour un droit commun de la vente¹⁵⁴³, les textes européens prévoient la mise en place d'une obligation d'information renforcée à la charge du professionnel dans ses relations avec le consommateur. Si le droit français apparaît en grande partie plus protecteur et exige la délivrance d'informations supplémentaires par le professionnel¹⁵⁴⁴, le droit européen présente tout de même de nombreuses obligations qui font aussi l'objet d'un certain éclatement. Aussi, le Projet de règlement pour un droit commun de la vente présentait une particularité en ce qu'il prévoyait la fourniture d'informations par le

¹⁵³⁷ C. consom., art. D. 111-8, I.

¹⁵³⁸ C. consom., art. D. 111-8, II.

¹⁵³⁹ Par ex., lors de la mise en relation de consommateurs ou de non-professionnels entre eux, il est opéré une distinction entre les informations relevant de la qualité de l'offreur (C. consom., art. D. 111-8, II, 1°) et de l'offre elle-même (C. consom., art. D. 111-8, II, 2°).

¹⁵⁴⁰ Lourdeur qui se retrouve d'ailleurs dans le régime de sanction prévu par l'article L. 131-4 du Code de la consommation qui envisage une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75.000,00 € pour une personne physique et 375.000,00 € pour une personne morale en cas de manquement à ces obligations d'information. À titre de comparaison, l'article L. 131-1 du Code de la consommation dispose que l'amende administrative, en cas de manquement aux obligations d'information précontractuelle, ne peut excéder 3.000,00 € pour une personne physique et 15.000,00 € pour une personne morale.

¹⁵⁴¹ G. LOISEAU, « Les obligations d'information des intermédiaires du commerce électronique », préc.

¹⁵⁴² V. par ex., la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 dont l'article 5 organise la mise en œuvre des obligations d'information pour les contrats autres que les contrats à distance et hors établissement, qui eux, sont encadrés par l'article 6.

¹⁵⁴³ DCEV, art. 13 et s.

¹⁵⁴⁴ Ceci s'explique par le fait que le législateur européen autorise bien souvent les États membres à prévoir des exigences supplémentaires. V. par ex. : Directive 2011/83/UE, art. 5, §4.

professionnel à un autre professionnel¹⁵⁴⁵. Si cette obligation semblait plus limitée que celle relative aux relations entre un professionnel et un consommateur, elle exigeait malgré tout que le fournisseur professionnel communique toutes les informations portant sur les caractéristiques principales du bien, du contenu numérique ou du service. Ce texte apportait de plus des éléments importants pour apprécier l'application de cette obligation dès lors que le paragraphe 2 de l'article 23 mentionnait différents critères permettant de pondérer l'obligation d'information selon les circonstances¹⁵⁴⁶. Dans ces conditions, il apparaît évident que le droit européen réfléchit également à un renforcement de l'obligation d'information à la charge du professionnel tant dans ses relations avec des consommateurs qu'avec d'autres professionnels.

542. - **Constat et influence sur le droit de la consommation.** Si le Code de la consommation apparaît en quelque sorte comme le « *droit commun de l'obligation générale d'information* »¹⁵⁴⁷, il n'est pas le seul à mettre en évidence une telle exigence. Désormais, même le droit commun des contrats se plie à l'impératif informationnel. Quel que soit le domaine observé, l'obligation d'information existe. Pour autant, tous les professionnels, et de surcroît les petits professionnels, ne sont pas à l'évidence des professionnels du droit¹⁵⁴⁸ susceptibles de pouvoir répondre aisément à cet impératif. De surcroît, l'ensemble des dispositions relatives à cette obligation mettent en lumière la connaissance de l'information par l'une des parties et son ignorance par l'autre. Pour s'appliquer, cette règle nécessite donc la détention d'une information par un contractant tandis que l'autre ne la possède pas. Il importe peu qu'il s'agisse de connaissances obtenues par formation ou par simple passion dans un domaine particulier. Force est donc de constater que la qualité de professionnel ou non du contractant n'est pas un critère d'application de ces dispositions. Pour sa part, le petit professionnel est tenu de communiquer l'information dans les conditions exigées.

543. - **Information et relations entre professionnels.** La prise en compte des inégalités au sein des contrats conclus entre professionnels ne fait pas encore l'objet d'une

¹⁵⁴⁵ DCEV, art. 23.

¹⁵⁴⁶ Ainsi, il était prévu notamment de tenir compte des connaissances techniques spéciales du fournisseur (art. 23 §2, a)), des coûts encourus pour lui de se procurer l'information (art. 23, §2, b)), de la facilité avec laquelle l'autre professionnel pouvait le faire (art. 23, §2, c)), ou encore de la nature de l'information (art. 23, §2, d)).

¹⁵⁴⁷ N. MOLFESSIS, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 927, spéc. n° 4, p. 929.

¹⁵⁴⁸ En tout état de cause, ils ne le sont pas par définition, même si leur expérience et/ou leur formation peuvent, bien entendu, influencer et jouer sur leurs capacités à contracter dans de bonnes conditions.

approche catégorisée¹⁵⁴⁹. Si certaines dispositions apparaissent ici ou là pour lutter contre les déséquilibres et les inégalités, aucune démarche systémique n'a été clairement mise en place. Cette méthode n'est donc pas favorable au petit professionnel qui est amené à traiter aussi bien avec des consommateurs qu'avec d'autres professionnels. Pour autant, si la volonté du législateur en la matière est avant tout de protéger le bon fonctionnement du marché et la libre concurrence, quelques dispositions permettent de lutter contre les inégalités d'un point de vue informationnel. C'est notamment le sens des dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce qui prévoit la communication au distributeur d'un « *document donnant des informations sincères* » afin que celui-ci puisse s'engager en connaissance de cause. Depuis la loi dite « Doubin » du 31 décembre 1989¹⁵⁵⁰, une obligation d'information entre professionnels a ainsi été imposée en matière de clauses d'exclusivité. Il s'agit d'une véritable obligation précontractuelle d'information à la charge de l'ensemble des personnes qui mettent « *à la disposition d'une autre un nom commercial, une marque ou une enseigne* », c'est-à-dire principalement les franchiseurs. Cette obligation précontractuelle d'information a donc une vocation assez large et se trouve appréciée de manière relativement souple¹⁵⁵¹. Sur le même modèle que le droit de la consommation, l'obligation envisagée est imposée à la partie qui est présumée la plus forte et qui détient vraisemblablement un certain pouvoir sur son cocontractant¹⁵⁵². Dans cette hypothèse, le petit professionnel semble *a priori* exclu de toute charge particulière.

544. - **Cumul et articulation des obligations d'information.** Au regard des obligations d'informations présentées, la question se pose de savoir si l'ensemble de ces règles issues tant du droit commun que des droits spéciaux sont susceptibles de se cumuler. Cette problématique se révèle essentiellement à l'aune du principe bien connu *Specialia*

¹⁵⁴⁹ V. en ce sens, F. ROGUE, *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. M. AUDIT, postface L. MAUGER-VIELPEAU, Bibliothèque des thèses, éd. Mare & Martin, 2017. L'auteur relève ainsi justement que « *le droit de la concurrence et le droit de la distribution ne sont pas des droits catégoriels, visant à protéger un contractant désigné comme vulnérable en raison de la puissance de l'autre partie* », n° 853, p. 497.

¹⁵⁵⁰ L. n° 89-1008 du 31 déc. 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, *JORF* n° 1 du 2 janv. 1990, p. 9.

¹⁵⁵¹ V. F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n° 84, p. 85 et s.

¹⁵⁵² S'agissant de relations contractuelles entre professionnels, il est néanmoins intéressant de relever à la fois une certaine souplesse dans l'appréciation par la jurisprudence des conditions exigées (Cass. com., 7 mars 2018, n° 16-25.654 : *CCC*, 2018, étude 16, J.-B. GOUACHE et M. BEHAR-TOUCHAIS) et aussi la sévérité des sanctions envisagées par les textes d'un point de vue pénal (C. com., art. R. 330-2), voire la nullité encourue au civil.

*generalibus derogant*¹⁵⁵³. Celui-ci a d'ailleurs fait l'objet d'une attention particulière par le législateur en ce qu'il a été inséré au sein de l'article 1105 du Code civil qui dispose en son alinéa 3 : « *Les règles générales s'appliquent sous réserves de ces règles particulières* ». Le cumul de chacune de ces dispositions n'est donc sans doute pas exclu puisque le droit commun a vocation à compléter le droit spécial dès lors qu'il ne le contredit pas. Le débat demeure toutefois ouvert compte tenu notamment des informations réellement connues par les contractants¹⁵⁵⁴.

545. - **Synthèse.** Le développement et la multiplication des sources de l'obligation d'information font de celle-ci un véritable instrument de l'ensemble du droit civil, commun ou spécial. Au regard de ce qui précède, il est malgré tout constant que le professionnel est le principal concerné par les différentes obligations d'information instaurées¹⁵⁵⁵. Certes, le petit professionnel n'est pas l'unique débiteur de l'ensemble des obligations d'information précitées, cependant, en qualité de professionnel, il est principalement concerné par celles-ci¹⁵⁵⁶. Or, compte tenu de l'ensemble des obligations d'information existantes et de l'étude de leurs conséquences, il est essentiel pour le petit professionnel de se prémunir. Si le fait d'imposer une obligation d'information à la partie jugée plus forte vise à remettre les contractants sur un pied d'égalité et à rééquilibrer la relation contractuelle ; sa mise en œuvre doit être réfléchie et mesurée¹⁵⁵⁷. En effet, elle n'exige pas le même investissement selon la taille du contractant impliqué. Alors que « *l'essor de l'information juridique est sans nul doute le remède que notre droit croit avoir trouvé pour permettre aux contractants qu'il protège de mettre en œuvre des règles qui leur sont destinées et que pourtant ils*

¹⁵⁵³ Sur lequel v. not. pour une approche générale : C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009.

¹⁵⁵⁴ F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 85, p. 87 et 88.

¹⁵⁵⁵ Jusque-là, la jurisprudence admettait que le professionnel connaissait ou était susceptible de connaître les informations portant sur le produit vendu ou la prestation fournie de sorte qu'il devait communiquer celles-ci au consommateur ou au non-professionnel. En revanche, qu'ils connaissent ou non une information particulière, le consommateur ou le non-professionnel ne sont pas tenus, de révéler ce qu'ils savent. Avec le nouvel article 1112-1 du Code civil la donne a changé et cette position n'a peut-être plus vocation à se maintenir en l'état, certains non-professionnels pouvant être soumis à cette obligation. Si un élargissement des contractants impliqués par l'obligation d'information a pu être relevé, notamment par le biais du droit commun, il est évident que le professionnel demeure malgré tout le premier visé par l'ensemble des dispositions légales, jurisprudentielles ou doctrinales appréhendées.

¹⁵⁵⁶ De sorte que « *le contentieux de l'information est devenu le siège de l'essentiel de la responsabilité professionnelle, et en forme aujourd'hui la pierre angulaire* » : Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 489 et s., spéc. n° 6, p. 497.

¹⁵⁵⁷ Que ce soit dans les rapports de consommation ou dans les rapports entre professionnels.

ignorent »¹⁵⁵⁸, il faut également tenir compte de la taille de chaque contractant, ainsi que de la mauvaise foi ou des abus qui peuvent en résulter et qui sont autant d'éléments susceptibles de fausser la relation. Ainsi donc, force est de constater qu'en vertu du principe d'indifférence de la qualité de grand ou de petit, et du statut général de professionnel, le petit professionnel se trouve tout autant contraint et globalement avec la même intensité par l'ensemble de ces obligations d'information.

546. - **Transition.** L'obligation d'information est devenue un véritable phénomène au détriment du petit professionnel qui se retrouve à devoir la supporter avec le même degré d'exigence que les autres professionnels, et ce malgré son statut de « petit ». De surcroît, cette obligation d'information à sa charge s'élargit bien souvent et peut se transformer, voire amener à la mise en place d'un véritable devoir de conseil.

B. Un devoir de conseil en développement

547. - **Généralités.** À l'inverse de la délivrance d'une simple information ou d'un renseignement ordinaire, le conseil va directement concerner la situation du cocontractant et dépendre de ses attentes¹⁵⁵⁹. Présumé agir en qualité de spécialiste, le professionnel, même petit, est amené à mettre en évidence ses compétences et à en faire bénéficier son partenaire. L'aptitude conférée à la qualité juridique de professionnel prend un sens particulier s'agissant de la mise en œuvre du devoir de conseil¹⁵⁶⁰. Ce dernier semble, dans certaines hypothèses, venir au secours de l'obligation d'information parfois évincée ou insuffisante. Le devoir de conseil va, en effet, imposer « *un engagement plus important de la part de celui qui y est soumis* »¹⁵⁶¹. Le caractère de spécialiste du professionnel a ici une dimension particulière puisqu'il va lui conférer un avantage évident, s'agissant d'une obligation plus subjective. Des professionnels, comme les notaires, sont soumis au respect d'un devoir de conseil¹⁵⁶² afin

¹⁵⁵⁸ N. MOLFESSIS, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, LexisNexis, Dalloz, 2012, spéc. n° 34, p. 953.

¹⁵⁵⁹ De ce fait, si l'information est susceptible de concerner et de toucher tous les consommateurs, le conseil quant à lui doit tenir compte de manière précise des besoins du consommateur.

¹⁵⁶⁰ Dans le prolongement de l'obligation d'information et de l'obligation de délivrance, le législateur et à sa suite la jurisprudence ont instauré un véritable devoir de conseil : Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1996 ; *Bull. civ. I*, n° 274, *Dalloz Affaires*, 1996, p. 1028.

¹⁵⁶¹ F. ROGUE, *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. M. AUDIT, postface L. MAUGER-VIELPEAU, Bibliothèque des thèses, éd. Mare & Martin, 2017, n° 880, p. 514.

¹⁵⁶² Sans qu'il soit ici procéder à une quelconque distinction en fonction de leur taille.

d'éclairer les parties et d'assurer la validité des actes reçus, peu importe les compétences personnelles du client en cause¹⁵⁶³. En ce sens, le devoir de conseil du notaire est particulièrement alourdi¹⁵⁶⁴ puisqu'il est, par exemple, contraint de transmettre les informations connues de tous et d'éclairer les parties sur la portée et les effets des actes qu'il établit¹⁵⁶⁵. Il est également intéressant d'évoquer, à titre illustratif, une décision de la Cour de cassation du 27 juin 1995 rendue en matière de crédit immobilier¹⁵⁶⁶. En l'espèce, malgré la communication d'une offre préalable conforme et le respect par l'établissement bancaire de son obligation légale d'information à l'égard de son client consommateur, la Cour a rappelé la nécessité pour ce professionnel de respecter un devoir de conseil au regard, en l'occurrence, de l'importance de l'endettement engendré par le crédit consenti. Dès lors, l'avis apporté par le professionnel va guider le comportement de son cocontractant et revêt dans ces conditions une importance bien plus déterminante que la simple dispense d'information.

L'instauration d'un devoir de conseil est donc justifiée lorsqu'une partie se trouve dans une position inférieure, spécialement en terme de compétence et de connaissances, et c'est pourquoi cette exigence a connu un véritable essor conduisant à sa multiplication dans de nombreux domaines.

548. - Des devoirs de conseil : variation d'intensité et petit professionnel.
L'intensité du devoir de conseil, c'est-à-dire la force avec laquelle il sera plus ou moins mis en action, varie en fonction du bien vendu ou de la prestation dispensée. Il faut alors reconnaître qu'il n'existe pas un seul devoir de conseil, mais une multitude de devoirs qui auront vocation à prendre forme selon la nature du bien en cause, des caractères de la prestation rendue, voire de la qualité spécifique des parties au contrat. Ce dernier point est particulièrement déterminant dans la situation du petit professionnel. La compétence technique présumée de ce dernier et la confiance qu'il est susceptible de créer chez son partenaire conduit inévitablement à la mise en place d'un devoir ou d'une obligation de conseil. Toutefois, son intensité devrait être susceptible de varier. Dans cette hypothèse, lorsqu'il s'agit d'un professionnel de grande taille disposant de moyens et parfois de

¹⁵⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2007, n° 06-12.831 ; *Bull. civ. I*, n° 142 ; *D.*, 2007, p. 1271.

¹⁵⁶⁴ Pour une approche globale : P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LGDJ, 2018, n° 750.

¹⁵⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2018, n° 16-20.419 ; *D. actu.*, 6 juin 2018, obs. A. HACENE ; *RTD civ.*, 2018, p. 691, obs. P.-Y. GAUTIER ; *AJDI*, 2019, p. 228, obs. J.-P. BOREL.

¹⁵⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212 ; *Bull. civ. I*, n° 287, p. 200 ; *D.*, 1995, p. 621, note S. PIEDELIEVRE ; *Defrénois*, 1995, 1416, obs. D. MAZEAUD ; *JCP E.*, 1996, II, 772, obs. D. LEGEAIS ; *RTD civ.*, 1996, p. 385, obs. J. MESTRE ; *Defrénois*, 1996, 689, note E. SCHOLASTIQUE.

compétences¹⁵⁶⁷ plus importants, l'attente ne peut pas être la même. En particulier, cette exigence apparaît dans différentes professions : juridiques, médicales, etc.

549. - **Obligation d'information et devoir de conseil : confusions ?** Il semble parfois que l'obligation d'information et le devoir de conseil se confondent, ou que l'un prenne la forme de l'autre. Il arrive ainsi à la lecture de décisions qu'une confusion s'opère dans l'esprit du juriste entre l'obligation d'information précédemment envisagée et le devoir de conseil¹⁵⁶⁸. Si la question demeure débattue et source de discussions, des jurisprudences apportent fort heureusement des éléments de réponse. En matière consumériste, il semble désormais acquis que l'obligation d'information exigée du vendeur professionnel ne confère pas au consommateur le bénéfice d'un devoir de conseil¹⁵⁶⁹. En revanche, il résulte de la jurisprudence issue de l'application du droit commun, et notamment de l'ancien article 1147 du Code civil, que l'obligation de conseil impose au vendeur de « *s'informer des besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de lui fournir tous les renseignements indispensables* » à l'utilisation prévue du bien vendu¹⁵⁷⁰. D'une certaine manière, le devoir de conseil semble donc englober l'obligation d'information. Néanmoins, il convient de rappeler que l'obligation d'information se limite à l'octroi d'éléments objectifs et n'a pas vocation à conférer à son créancier une appréciation adaptée et subjective de l'ensemble des indications délivrées. Dès lors, l'emploi de l'un pour l'autre n'est pas toujours justifié, et il convient d'être vigilant sur les termes employés.

550. - **Énumération et extension du devoir de conseil.** Les professionnels débiteurs d'une obligation de conseil sont nombreux. Qu'il s'agisse de l'agent immobilier¹⁵⁷¹, du

¹⁵⁶⁷ Ce qui est bien souvent corrélatif. Même si aujourd'hui, les tarifs moins importants sont privilégiés par rapport à la fidélité accordée à un professionnel, la compétence de ceux-ci demeure un élément essentiel.

¹⁵⁶⁸ V. par ex., CA RENNES, 30 janv. 1998, 1^{ère} Chambre B, RG n° 9602227 : CCC, 1998, n° 152, obs. G. RAYMOND. L'arrêt fait ainsi référence à la fois à l'obligation d'information issue de la rédaction de l'ancien article L. 111-1 du Code de la consommation alors applicable, et à l'obligation générale de conseil dont sont tenus tous les professionnels

¹⁵⁶⁹ En ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2015, n° 14-11.761 ; *Bull. civ.* n° 836 ; *Gaz. Pal.*, 5 janv. 2016, n° 253, p. 34, obs. D. HOUTCIEFF.

¹⁵⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2014, n° 13-27.202 : CCC, 2015, comm. 56, obs. L. LEVENEUR. Rapp., Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2010, n° 09-16.913 ; *Bull. civ.* I, n° 215 ; *LPA*, n° 27, 8 févr. 2011, p. 11, note M. BURGARD. Dans cette décision, la corrélation entre l'obligation de conseil et l'obligation d'information était prégnante : la Cour avait précisé que l'obligation de conseil imposait au vendeur professionnel « *de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue* ». (Personnellement et volontairement souligné).

¹⁵⁷¹ Si l'intensité de ce devoir de conseil est susceptible de varier et peut se confondre ou se cumuler parfois avec une obligation d'information, il est reconnu qu'un agent immobilier doit respecter « *un devoir de conseil en sa qualité de professionnel de l'immobilier* » qui se matérialise notamment par une obligation d'avertir son

prêteur ou du banquier¹⁵⁷², de l'architecte¹⁵⁷³, de l'assureur¹⁵⁷⁴, du rédacteur d'actes¹⁵⁷⁵, de l'expert-comptable, de l'agent de voyage, du fournisseur informatique¹⁵⁷⁶ et, plus largement, du vendeur ou du prestataire de services, tous sont tenus, d'une façon ou d'une autre, au respect d'un devoir de conseil. La particularité pour certains de ces professionnels est que cette exigence est attendue tout au long de l'exécution du contrat, ce afin de protéger le cocontractant et de prévenir les éventuelles déséquilibres de la relation. La difficulté résulte désormais dans le fait que les professionnels sont devenus de véritables débiteurs de conseils tant techniques que juridiques. Outre l'obligation de délivrer des indications adaptées aux attentes et aux besoins de leur cocontractant, ils sont aussi tenus d'assurer la diffusion d'un savoir juridique propre à leur activité¹⁵⁷⁷.

551. - **Renforcement du devoir de conseil en matière de vente.** Un exemple particulièrement représentatif du renforcement et du développement du devoir de conseil se trouve dans les dispositions générales de l'article 1602 alinéa 1^{er} du Code civil qui dispose :

cocontractant des risques de l'opération envisagée : Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1999, n° 97-18.984 ; *Bull. civ. I*, n° 231 ; *RDI*, 2000, p. 81, obs. D. TOMASIN ; *JCP N.*, 2000, 400, note L. LEVENEUR.

¹⁵⁷² Sur lequel, v. not. : J. HUET, « L'existence d'un devoir de conseil du banquier », *D.*, 2013, p. 2921. *Contra* : D. LEGEAIS, « Responsabilité bancaire. Absence de devoir de conseil du banquier », *RTD com.*, 2015, p. 340, obs. sous Cass. com., 13 janv. 2015, n° 13-25.856. À titre illustratif, en dépit des discussions doctrinales, la Cour de cassation a ainsi souligné que « si le banquier prestataire de services d'investissement n'est pas, en cette seule qualité, tenu d'une obligation de conseil à l'égard de son client, il est tenu, lorsque, à la demande de celui-ci ou spontanément, il lui recommande un service ou un produit et lui prodigue ainsi un conseil, de le faire avec pertinence, prudence et loyauté, en s'enquérant de ses connaissances, de son expérience en matière d'investissement, ainsi que de sa situation financière et de ses objectifs, afin que l'instrument financier conseillé soit adapté » : Cass. com., 20 juin 2018, n° 17-11.473 ; *D.*, 2018, p. 1383 ; *AJ Contrats*, 2018, p. 427, obs. J. MOREAU et O. POINDRON. De manière classique, le banquier est également tenu à une obligation de vigilance et à une obligation de mise en garde.

¹⁵⁷³ R. MARTIN, « Le devoir de conseil de l'architecte en matière juridique », *JCP*, 1972, I., 2493.

¹⁵⁷⁴ Il est intéressant de constater que l'application du devoir de conseil de l'assureur pose notamment question lorsque celui-ci se retrouve face à un professionnel. Pour une décision admettant une violation de son devoir de conseil par l'assureur à l'encontre d'un professionnel : Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 2014, n° 13-19.729 ; *D.*, 2015, p. 242, note A.-S. EPSTEIN ; *D.*, 2015, p. 246, note D. MAINGUY ; *D.*, 2015, p. 529, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2015, p. 102, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.*, 2015, p. 121, obs. H. BARBIER. Pour un arrêt rejetant un tel devoir de conseil face à un professionnel : Cass. 2^{ème} civ., 10 déc. 2015, n° 15-13.305 ; *D. actu.*, 4 janv. 2016, obs. A. CAYOL.

¹⁵⁷⁵ Selon une jurisprudence constante, qu'il s'agisse d'un avocat ou d'un notaire, « les rédacteurs d'actes sont tenus d'une obligation de conseil envers toutes les parties en présence » : Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n° 94-16.769 ; *Bull. civ. I*, 1997, n° 18, p. 10

¹⁵⁷⁶ Issue de la jurisprudence dite « Flammarion » (v. par ex., T. com. PARIS, 1^{ère} ch., 19 avr. 1971, *D.*, 1971, Jur. 483, note J.-L. FOURGOUX), le devoir de conseil du prestataire professionnel envers ses clients nécessite pour celui-ci de se renseigner précisément sur leurs besoins. Dans ces conditions, le prestataire est tenu de fournir une information circonstanciée et personnalisée, pour laquelle il doit justifier de la délivrance (Cass. 1^{ère} civ., 2 juill. 2014, n° 13-10.076). Au regard du développement de cette jurisprudence, le professionnel est débiteur d'un devoir de conseil lui imposant de guider précisément le client sur le choix et le fonctionnement du matériel et/ou de l'équipement commandés. En tout état de cause, le professionnel est tenu de conseiller le consommateur sur un matériel informatique adapté à ses besoins (Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-16.634 : *JurisData* n° 2018-001024 ; *CCC*, n° 4, 2018, comm. 63, obs. L. LEVENEUR).

¹⁵⁷⁷ V. déjà sur ce constat : R. SAVATIER, « La profession de conseil juridique », *D.*, 1969, chron., p. 145 et s. Du même auteur : « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.*, 1972, chron., p. 137.

« *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige* ». Ce texte prend tout son sens lorsqu'il s'agit d'apprécier les obligations pesant sur le petit professionnel. En effet, ce dernier est contraint de se renseigner précisément sur les besoins de son cocontractant consommateur. Plus largement, le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de conseil sur le fondement des articles 1604 et 1615 du Code civil et de l'obligation de délivrance¹⁵⁷⁸. L'activité de conseil du petit professionnel constitue ainsi un élément essentiel à sa charge qui peut s'avérer problématique dans certains domaines, comme la construction lorsque plusieurs intervenants opèrent sur un même chantier et qu'il s'agit de coordonner les renseignements et les mises en garde de chacun. En outre, la mise en œuvre d'un tel devoir exige une implication particulière du professionnel afin d'apporter des éléments pertinents à son cocontractant. Or, cette implication ne peut être à l'évidence la même pour tous les professionnels qui ne disposent pas des mêmes moyens.

552. - **Caractères généraux du devoir de conseil.** La compétence présumée du professionnel, et donc du petit professionnel, place ceux-ci au premier plan pour conseiller leur cocontractant. Ils sont, en effet, censés agir en connaissance de cause et donc pouvoir aiguiller leur partenaire dans le bon sens. C'est pourquoi, les conseils qu'ils dispensent doivent correspondre à la situation contractuelle entreprise. L'adaptation des conseils dispensés et leur pertinence constituent ainsi des critères essentiels pour déterminer le respect ou non de l'obligation du professionnel. Si le conseil adressé au cocontractant n'est pas présenté dans l'intérêt de ce dernier, alors il est possible de douter de la bonne application de son devoir par le professionnel.

553. - **Synthèse.** Le petit professionnel doit, comme tout professionnel, dispenser des conseils à son partenaire pour répondre aux besoins de sa situation. Néanmoins, il est intéressant de relever que lui aussi est susceptible de bénéficier de tels conseils. Ainsi, il est observé que le petit professionnel peut se retrouver dans la situation de créancier de cette obligation lorsqu'il s'agit, par exemple, du cas particulier d'un vendeur d'ordinateur qui commet une faute professionnelle en conseillant l'achat d'un ordinateur de forte capacité,

¹⁵⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1996 ; *Bull. civ. I*, n° 274 ; *Dalloz Affaires*, 1996, 1028. Rapp. : Cass. com., 1^{er} déc. 1992 ; *Bull. civ. IV*, n° 391 ; *D.*, 1993, somm. 237, obs. O. TOURNAFOND ; Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006, *D.*, 2006, IR 1639.

conçu pour un logiciel très performant, à une petite entreprise pour laquelle le programme est trop complexe¹⁵⁷⁹.

Bien qu'essentielles et généralement placées au premier plan, les obligations d'information et de conseil ne sont pas les seules à faire peser une charge particulière sur le petit professionnel. C'est ainsi qu'un devoir de mise en garde pèse également sur le banquier¹⁵⁸⁰ sous la forme d'une « *obligation d'information renforcée* »¹⁵⁸¹, ou encore sur l'agent immobilier¹⁵⁸². Considérée comme « *plus originale que celles d'information ou de conseil* »¹⁵⁸³, l'obligation de mise en garde tend à apporter une véritable aide aux personnes qui veulent s'engager, quitte pour ce faire à les dissuader de contracter, ce qui est de nature à créer des tensions et des difficultés évidentes pour le débiteur de celle-ci.

554. - **Transition.** Au regard des évolutions récentes, il est constant que « *l'obligation d'information et de conseil à la charge du professionnel ne cesse de s'alourdir au point parfois d'être redondante* »¹⁵⁸⁴. Il ne s'agit pourtant pas des seules obligations auxquelles se trouve soumis le petit professionnel, d'autres obligations prennent en effet une dimension spécifique dans sa situation.

II. Obligations de vigilance et de conformité consolidées

555. - **Généralités.** À l'heure où les contractants sont encouragés à prendre des risques¹⁵⁸⁵ et à être attentifs à leur partenaire¹⁵⁸⁶, tout particulièrement les professionnels qui sont invités à accompagner les consommateurs dans leur cheminement, de nouvelles exigences prennent naissance dans la pratique. Les professionnels ne sont pas simplement soumis à des obligations contractuelles ou légales strictes, ils doivent également faire preuve

¹⁵⁷⁹ Paris, 19 déc. 1986 ; *D.*, 1987, I, 16. Ceci à l'époque où l'informatique était en pleine découverte et non démocratisé comme à l'heure actuelle.

¹⁵⁸⁰ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 ; *Bull. ch. mixte* n° 7 ; *D.*, 2007, p. 2081, note S. PIEDELIEVRE ; *D.*, 2007, p. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.*, 2008, p. 871, obs. D. R. MARTIN et H. SYNDET ; *RTD civ.*, 2007, p. 779, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.*, 2007, p. 579, obs. D. LEGAIS.

¹⁵⁸¹ M. GHIGLINO, « Étendue de l'obligation de mise en garde en présence d'un emprunteur personne morale », *D. actu.*, 1^{er} oct. 2019, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 19 sept. 2019, n° 18-15.398.

¹⁵⁸² Cass. 1^{ère} civ, 11 déc. 2019, n° 18-24.381 ; *D. actu.*, 16 janv. 2020, obs. E. BOTREL.

¹⁵⁸³ E. BOTREL, « L'obligation de mise en garde de l'agent immobilier contre le risque d'insolvabilité de l'acquéreur », *D. actu.*, 16 janv. 2020, obs. préc. sous Cass. 1^{ère} civ, 11 déc. 2019.

¹⁵⁸⁴ L. ARCELIN-LECUYER, « La redondance informative ou le bon sens oublié », *CCC*, n° 5, mai 2011, étude 9.

¹⁵⁸⁵ V. en ce sens : H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2011.

¹⁵⁸⁶ V. not. sur l'importance de la règle morale dans cette démarche : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIE, LGDJ, coll. biblio. dr. privé., T. 343, 2000.

d'une manière générale de plus en plus de vigilance. Ce devoir de vigilance est justifié en raison notamment des risques engendrés par le montage d'opérations parfois spécifiques et complexes, pouvant glisser vers des situations irrégulières ou illégales. Dans ces conditions, seul le professionnel rodé à la pratique des affaires semble pouvoir apporter un gage de sécurité¹⁵⁸⁷. Est-ce toujours le cas du petit professionnel ? La question mérite d'être posée, d'autant plus que cette obligation de vigilance se cumule avec une autre obligation plus générale et contraignante : l'obligation de conformité. Intervenant dans le cadre de sa profession, le professionnel est chargé d'assurer la délivrance d'un bien ou d'un service conforme aux attentes de son partenaire, souvent consommateur, ce qui renforce l'obligation de vigilance du professionnel tenu d'être prévoyant et à précaution¹⁵⁸⁸. Voilà donc de toute évidence deux obligations qui méritent une étude particulière au travers de la situation du petit professionnel.

556. - **Obligation de vigilance et petit professionnel.** Dans une approche générale, l'obligation de vigilance du petit professionnel le contraint à être particulièrement diligent et consciencieux. Surtout que le devoir de vigilance peut prendre différentes formes. Par exemple, il est de nature à imposer une obligation de vérification au professionnel¹⁵⁸⁹, ou encore une obligation de précaution¹⁵⁹⁰. Véritable « *règle de vie d'un professionnel* »¹⁵⁹¹, le devoir de vigilance touche de nombreux secteurs d'activités¹⁵⁹². Par le biais de cette exigence, il va être possible de contraindre le professionnel à prévoir et anticiper l'ensemble des problématiques susceptibles de découler de l'exécution du contrat. C'est ce que le Professeur LE TOURNEAU qualifie de « *principe d'anticipation* », qui est « *complémentaire du*

¹⁵⁸⁷ Aussi, il semble que l'obligation de vigilance pèse strictement tant sur le professionnel vendeur que sur le professionnel acquéreur. À cet égard, il a été souligné que « *le devoir de vigilance pèse plus lourdement sur l'acquéreur professionnel [...] car il est censé être en mesure de découvrir les choses qu'il achète* », M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *Gaz. Pal.*, n° 145, 24 mai 2012, p. 34, spéc. n° 15.

¹⁵⁸⁸ C'est d'ailleurs le sens de l'obligation de traçabilité qui se développe peu à peu. Sur laquelle, v. par ex. : Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14.832 : *JurisData* n° 2007-039240 ; *Bull. civ.* IV, n° 157 ; *D.*, 2007, p. 1720, obs. X. DELPECH ; *RTD civ.*, 2007, p. 567, obs. B. FAGES ; *RTD com.*, 2008, p. 174, obs. B. BOULOC ; *RDC*, 2007, p. 1121, note D. MAZEAUD ; *RDC*, 2007, p. 1144, note S. CARVAL ; *RDC*, 2008, p. 848, note Ph. DELEBECQUE ; *CCE*, n° 12, 2007, comm. 151, note Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹⁵⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1993, n° 91-16.779, s'agissant d'un agent général d'assurances qui ne peut imputer la faute à son mandant de ne pas l'avoir averti de la distorsion entre les contrats émis et la proposition d'assurance.

¹⁵⁹⁰ Qui peut notamment se traduire en matière médicale, par une obligation de surveillance accrue : Cass. 1^{ère} civ., 16 avr. 2016, n° 15-14.253 (s'agissant d'un médecin traitant qui a manqué à son obligation de surveillance en raison du diagnostic tardif d'un cancer de la prostate alors qu'un examen de santé antérieur faisait mention des signes cliniques susceptibles d'évoluer vers ce cancer).

¹⁵⁹¹ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018/2019, n° 3124.171.

¹⁵⁹² V. en ce sens, l'ensemble des exemples et des jurisprudences évoqués par le Professeur LE TOURNEAU : Ph. LE TOURNEAU (dir.), *ibid.*

principe de précaution »¹⁵⁹³. Or, il est bien évident que la réaction attendue d'un petit professionnel dans cette hypothèse ne peut être équivalente à celle de tout autre professionnel qui dispose de moyens plus importants. Imposer à ce petit contractant une telle contrainte n'a donc pas de sens dès lors qu'il ne pourra pas systématiquement assumer cette charge dans les mêmes conditions et avec les impératifs attendus. Le législateur l'a semble-t-il bien compris puisque certains régimes portant sur la mise en œuvre de ce devoir de vigilance tiennent compte de la taille des acteurs en cause. C'est ainsi que la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre prescrit la mise en place d'un plan de vigilance uniquement pour les sociétés qui emploient « *au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger* »¹⁵⁹⁴. Compte tenu des contraintes résultant de l'élaboration d'un tel plan de vigilance au regard de l'activité exercée par la société et par celles qui agissent sous son contrôle, il est raisonnable d'exclure une partie des acteurs économiques qui ne disposent pas des moyens pour assurer l'exécution de cette injonction¹⁵⁹⁵.

Malgré tout, cela ne signifie pas que le petit professionnel n'est pas tenu au respect d'une obligation de vigilance. Une illustration de cet état de fait et de droit peut être tirée en matière de droit du numérique. Le droit européen du numérique instaure, sans opérer de distinction particulière en fonction de la taille des acteurs concernés, une obligation de vigilance incombant aux fournisseurs de services d'hébergement afin de permettre la suppression rapide des services rendus et une plus grande transparence des plateformes¹⁵⁹⁶. Pour les consommateurs, il convient d'observer la modification de la directive 2011/83/UE par la proposition de directive du 11 avril 2018 « Nouvelle donne pour les consommateurs »¹⁵⁹⁷ qui accorde une attention particulière à la transparence pour les consommateurs sur les marchés

¹⁵⁹³ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *ibid.*

¹⁵⁹⁴ L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF* n° 74, 28 mars 2017, texte n° 1, art. 1 repris à l'art. L. 225-102-4, I, du C. com.

¹⁵⁹⁵ D'autant plus que la pertinence d'une telle obligation imposée à des petits professionnels semble dénuée de tout intérêt.

¹⁵⁹⁶ V. par ex., la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 12 sept. 2018 relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, COM(2018) 640 final, 2018/0331 (COD). À l'occasion du rappel du contexte de la proposition, le législateur européen prend le temps d'indiquer que « *le champ d'application personnel de la proposition inclut les fournisseurs de services d'hébergement qui proposent leurs services dans l'Union, quels que soient leur lieu d'établissement ou leur taille* », paragraphe 1.3. (Personnellement et volontairement souligné).

¹⁵⁹⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité Économique et Social européen du 11 avr. 2018, « Une nouvelle donne pour les consommateurs », COM(2018) 183 final, sur laquelle : L. USUNIER, « Nouvelle donne européenne pour les consommateurs », *RTD civ.*, 2018, p. 854.

en ligne, ce qui est bien entendu de nature à augmenter les contraintes des professionnels en la matière. De même, pour les professionnels, la proposition de règlement « promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne », du 26 avril 2018¹⁵⁹⁸ vient impulser un renforcement des dispositifs envisagés. Il est toutefois intéressant de relever que la prise en compte du petit professionnel n'est pas étrangère à la démarche du législateur européen¹⁵⁹⁹, ce qui laisse présager d'une certaine bienveillance à son encontre.

557. - **Obligation de conformité et petit professionnel.** À côté de la traditionnelle garantie des vices cachés à laquelle est tenu tout vendeur et dont le champ d'application est particulièrement étendu¹⁶⁰⁰, il a été mis en place d'autres dispositifs de garantie pour assurer la protection de l'acquéreur, et surtout de l'acquéreur consommateur¹⁶⁰¹. Si les stipulations insérées à l'acte peuvent prévoir des garanties contractuelles portant sur les biens objet du contrat¹⁶⁰², les interventions législatives demeurent les mieux adaptées pour répondre de manière efficace et même contraignante aux besoins des consommateurs, sauf à alourdir une nouvelles fois l'étendue des obligations du petit professionnel. Issue de la transposition de la directive du 25 mai 1999¹⁶⁰³ par l'ordonnance du 17 février 2005¹⁶⁰⁴, la garantie de conformité est venue s'ajouter au dispositif de protection du consommateur et corrélativement

¹⁵⁹⁸ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 26 avr. 2018 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, COM(2018) 238 final, 2018/0112 (COD).

¹⁵⁹⁹ Il est ainsi prévu certaines exemptions pour les petites structures afin de tenir compte des charges administratives pesant sur celles-ci (paragraphe 2, p. 6), des difficultés de traitement des plaintes pour les PME (paragraphe 3, p. 8), des coûts de mise en conformité pour les petits fournisseurs (paragraphe 3, p. 10) et plus généralement de la taille des fournisseurs ainsi que du chiffre d'affaires qu'ils réalisent dans l'Union européenne (paragraphe 5, p. 11) : Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 26 avr. 2018, préc.

¹⁶⁰⁰ C. civ., art. 1641 à 1649.

¹⁶⁰¹ Il faut rappeler ici que le professionnel, tenu à une obligation de compétence étendue que ce soit d'un point de vue technique, ou en termes d'anticipation, de prévision et d'efficacité, doit apporter certaines garanties à son cocontractant consommateur. Paradoxalement, il s'agit à la fois pour lui d'apporter une plus-value à sa prestation afin, par exemple, de fidéliser sa clientèle, mais également de tenter de diminuer la portée de ses engagements pour ne pas avoir à prendre en charge et à assumer l'ensemble des préjudices éventuellement subis.

¹⁶⁰² La mise en œuvre de garanties conventionnelles ne doit d'ailleurs pas être négligée en pratique : B. FAGES, « Les conventions portant sur la garantie », in *La transposition en droit français de la directive européenne du 25 mai 1999 relative à la vente*, G. VINEY (dir.), *Cah. dr. entr.*, 2003, n° 1, p. 23.

¹⁶⁰³ Directive 1999/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOUE*, n° L 171, du 7 juill. 1999, p. 12.

¹⁶⁰⁴ Ord. n° 2005-136 du 17 févr. 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, *JORF* n° 41 du 18 févr. 2005, p. 2778, texte n° 26. Sur laquelle, v. not. : D. MAINGUY, « Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur (Après la transposition de la directive du 25 mai 1999 par l'ordonnance du 17 février 2005) », *JCP E.*, n° 17, avr. 2005, 630 ; G. PAISANT, « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation. Ordonnance du 17 février 2005 », *CCC*, n° 8-9, août 2005, étude 8.

aux impératifs du professionnel¹⁶⁰⁵. Désormais régie par les dispositions des articles L. 217-4 et suivants du Code de la consommation, la garantie légale de conformité a aussi pour vocation d'assurer la protection du marché par une forme d'extension de l'obligation de délivrance. Le poids de cette obligation de conformité n'est pas anodin dès lors que son régime prévoit une présomption de non-conformité au profit du consommateur pour les défauts apparus dans les vingt-quatre mois de la délivrance¹⁶⁰⁶. Si cette présomption peut être combattue dans certaines circonstances, elle constitue une charge supplémentaire évidente pour les vendeurs professionnels. En effet, le petit professionnel est obligé de répondre du défaut de conformité de ses produits, par exemple, lorsque les produits vendus ne sont pas propres aux usages auxquels servent habituellement des biens du même type. En outre, le chevauchement de cette obligation avec les textes relatifs à la garantie des vices cachés apporte un supplément de lourdeur pour l'ensemble des vendeurs professionnels.

De manière générale, les professionnels de petite taille ne peuvent pas affecter les mêmes moyens, qu'ils soient humains ou financiers, à la mise en œuvre de leurs obligations comme l'obligation de conformité. En effet, leur position particulière ne leur permet pas de répondre aux exigences à ce titre de la même façon et avec autant de précision que les autres professionnels. Or, les sanctions encourues par le petit professionnel en cas de défaut de conformité et de non-respect de cette obligation peuvent être particulièrement lourdes et contraignantes financièrement pour ce petit contractant¹⁶⁰⁷. Ainsi, les professionnels de petites tailles sont les plus exposés au risque de sanction dès lors que les moyens dédiés à la mise en œuvre de leurs obligations sont moins importants et que leur vigilance est nécessairement moins efficace¹⁶⁰⁸. C'est d'ailleurs pour cela qu'une politique en faveur des petites structures peut prendre, dans certains domaines, tout son sens.

558. - **Synthèse.** Il ressort de l'analyse que les obligations du petit professionnel au regard de l'exigence de vigilance et de conformité sont, à son encontre, contraignantes. La petite taille de la structure en cause conduit inévitablement à des difficultés dans la mise en œuvre des contraintes législatives et réglementaires pesant sur ce contractant original.

¹⁶⁰⁵ Il convient par ailleurs de distinguer l'obligation de conformité qui pèse sur le vendeur de l'obligation générale de conformité des produits et des services du livre IV du Code de la consommation.

¹⁶⁰⁶ C. consom., art. L. 217-7.

¹⁶⁰⁷ De manière générale, et sauf exception en cas notamment de coût manifestement disproportionné, le petit professionnel sera soumis au choix de l'acheteur qui décidera de solliciter soit la réparation du bien, soit son remplacement (C. consom., art. L. 217-9), voire dans certains cas de réclamer la résolution de la vente (C. consom., art. L. 217-10).

¹⁶⁰⁸ V. *infra* n° 594 et s.

III. Obligation de sécurité renforcée

559. - **Généralités.** Apparue en jurisprudence¹⁶⁰⁹, l'obligation de sécurité a pendant longtemps connu un essor important¹⁶¹⁰, particulièrement dans les relations mettant en cause des professionnels¹⁶¹¹. Par la suite, des tentatives d'extension ont perduré¹⁶¹². Cependant, ce phénomène a été encadré du fait des enjeux qu'il suscite, mais également car l'obligation de sécurité sous-entend l'application d'une obligation contractuelle plus générale ou bien plus simplement découle d'une obligation légale¹⁶¹³. Elle est donc désormais et dans de nombreuses hypothèses accessoire à cette dernière. Plus récemment, le *Projet de réforme de la responsabilité civile* a mis en évidence la volonté d'apporter un éclairage à l'instauration de l'obligation de sécurité en matière de responsabilité délictuelle¹⁶¹⁴. Cette obligation de sécurité peut se découvrir sous différents aspects s'agissant de la sécurité des produits, des personnes, etc¹⁶¹⁵. S'il n'est pas question d'aborder l'ensemble des hypothèses relatives à la mise en œuvre d'une obligation de sécurité ainsi que les controverses générées, il convient

¹⁶⁰⁹ La découverte de l'obligation de sécurité est généralement associée au domaine des transports : Cass. civ., 21 nov. 1911, Compagnie Générale Transatlantique c/ Zbidi Hamida Ben Mahmoud ; S., 1912, 1, 73, note C. LYON-CAEN ; DP, 1913, 1, 249, note L. SARRUT.

¹⁶¹⁰ Il est d'ailleurs difficile de recenser l'ensemble des matières touchées par ce phénomène et l'examen de la jurisprudence du XX^e siècle a très justement fait dire que l'obligation de sécurité « s'est installée au sein d'une foule de contrats tellement dissemblables qu'il est bien difficile de dégager aujourd'hui d'une jurisprudence foisonnante et passablement anarchique, un critère fiable de son existence », P. JOURDAIN, « L'obligation de sécurité (À propos de quelques arrêts récents) », *Gaz. Pal.*, 1993, 2, p. 1171.

¹⁶¹¹ V. par. ex., s'agissant d'un hôtelier tenu d'une obligation de sécurité à l'égard de ses clients : Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 1991, n° 89-21.791 ; *Bull. civ. I*, n° 163 ; *RTD civ.*, 1991, p. 757, obs. P. JOURDAIN ; ou encore s'agissant d'un fabricant de produits médicamenteux : Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, n° 96-12.098 ; *Bull. civ. I*, n° 95 ; D., 1999, p. 36, note G. PIGNARRE et Ph. BRUN ; *JCP G.*, 1998, II, p. 144, n° 18, obs. G. VINEY ; *RTD civ.*, 1998, p. 683, obs. P. JOURDAIN.

¹⁶¹² V. en ce sens : C. BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, préf. R. BOUT, PUAM, 2002. Adde, Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, coll. biblio. dr. privé, tome 208, LGDJ, 1989, n° 98, p. 116. L'auteur relevait déjà à l'époque une tendance « à distinguer les contractants selon leur appartenance à tel groupe social ou professionnel afin d'en tirer un certain nombre de conséquences sur le plan contractuel », ce qui est notamment le cas de la qualité de spécialistes des professionnels en matière d'obligation de sécurité et de résultat.

¹⁶¹³ Si l'obligation de sécurité n'était auparavant sanctionnée que sur le fondement de la responsabilité délictuelle, ce qui nécessitait la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité, elle est progressivement devenue une véritable obligation contractuelle : Ph. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323, spéc. n° 16 et s. Rapp., J.-L., HALPERIN, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.*, 1997, 2, p. 1176. À noter toutefois l'existence d'un mouvement tendant à éloigner l'obligation de sécurité du contrat, mouvement qui semble encouragé par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile qui opère un rapprochement avec la responsabilité extracontractuelle : Ph. BRUN, « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RLDC*, sept. 2016, n° 140, p. 31 et s.

¹⁶¹⁴ *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques URVOAS, Garde des sceaux, Ministre de la Justice, spéc. art. 1292 et s.

¹⁶¹⁵ En ce sens, Ph. DELEBECQUE, « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *Gaz. Pal.*, 1997, 2, p. 1184.

néanmoins de mettre en évidence ce qu'elle impose au professionnel, débiteur d'une obligation semble-t-il toujours plus développée.

560. - **Rappel du principe.** De manière générale, l'obligation de sécurité s'imisce dans les contrats où l'une des parties est susceptible de subir une atteinte pour sa santé, qu'il s'agisse d'une atteinte physique ou bien d'une atteinte psychique¹⁶¹⁶. En effet, il est de principe que « *l'existence d'une obligation de sécurité a été admise afin d'améliorer la situation des victimes* »¹⁶¹⁷. À titre illustratif, l'article L. 421-3 du Code de la consommation met en action ce principe et dispose que « *Les produits et les services doivent présenter, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes* ». Le fabricant engage donc sa responsabilité en cas de manquement à cette obligation légale de sécurité. Pour aller plus loin, la loi n° 98-389 du 19 mai 1998¹⁶¹⁸ a mis en place un régime de responsabilité de plein droit en raison des dommages causés par le défaut de sécurité des produits d'un producteur ou d'un distributeur qui doit donc suivre les produits pour engager les actions indispensables à la protection des personnes. Ce régime de responsabilité extracontractuelle en matière de produits défectueux a été inséré au sein du Code civil¹⁶¹⁹. Les dispositions consuméristes, pour revenir à celles-ci, prévoient également une obligation pour le producteur d'adopter les mesures lui permettant notamment d'engager les actions nécessaires pour maîtriser les risques susceptibles d'être engendrés par les produits qu'il met sur le marché¹⁶²⁰. C'est ainsi qu'il a pu être relevé « *qu'il existe une approche spécifiquement consumériste de l'obligation de sécurité* »¹⁶²¹. De toute évidence, la situation du petit professionnel s'en trouve influencée et l'obligation de sécurité ne demeure pas sans incidence à son égard.

561. - **Obligation de sécurité et petit professionnel.** Dès lors que cette obligation fait peser l'ensemble des risques sur le professionnel, celui-ci doit se prémunir des effets

¹⁶¹⁶ Ainsi, l'obligation de sécurité a pu être définie comme l'obligation qui tend à « *exercer la maîtrise des personnes et des choses susceptibles de provoquer un dommage corporel* », F. DEFFERRARD, « Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère », *D.*, 1999, p. 364, spéc. n° 17.

¹⁶¹⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 836, p. 896.

¹⁶¹⁸ L. n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *JORF* n° 117 du 21 mai 1998, p. 7744.

¹⁶¹⁹ C. civ., art. 1245-6.

¹⁶²⁰ C. consom., art. L. 423-2.

¹⁶²¹ A. OUTIN-ADAM, « La loyauté dans le droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, n° 340, 5 déc. 2000, p. 36.

engendrés par l'exercice de son activité. Pour le petit professionnel, cette obligation de sécurité est particulièrement présente dans le domaine de l'alimentaire où les petits producteurs sont tenus de respecter les conditions de sécurité et d'hygiène essentielles. Il est facile d'imaginer, par exemple, la difficulté financière pour un petit producteur de fromages d'être obligé de construire une fromagerie sur son lieu de production répondant à des normes strictes, ou d'acquérir un véhicule réfrigéré pour une vente sur les marchés. De même, les contraintes résultant de la nécessité d'anticiper les dommages auxquels le créancier de l'obligation est susceptible d'être confronté témoignent des difficultés pour un petit professionnel d'assurer le plein exercice d'une telle exigence de sécurité¹⁶²². À cela s'ajoute le fait que la classification de l'obligation au sein de la dichotomie entre les obligations de moyens et les obligations de résultat n'est pas nette¹⁶²³. Bien que l'obligation de sécurité soit souvent considérée comme une obligation de résultat¹⁶²⁴, cette question demeure discutée¹⁶²⁵, de sorte que sa nature semble varier, ce qui atténue parfois sa portée¹⁶²⁶. Ce flou entretenu constitue d'ailleurs un procédé assez efficace pour décider de contraindre ou non le petit professionnel à une obligation plus ou moins intense¹⁶²⁷.

¹⁶²² Comme l'a souligné Monsieur DEFFERRARD : « *L'œuvre de précision à laquelle s'engage le débiteur de l'obligation de sécurité implique une double démarche : celle, d'abord, de concevoir ou d'imaginer l'événement futur dommageable et celle, ensuite, d'évaluer la probabilité de sa survenance* », F. DEFFERRARD, « Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère », préc., spéc. n° 11.

¹⁶²³ Pour rappel, la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat a été forgée par DEMOGUE afin notamment de répartir la charge de la preuve en cas de faute contractuelle. Ainsi, lorsque le débiteur s'engage à fournir un résultat précis, sa faute repose sur l'absence de réalisation de ce résultat de sorte qu'en cas d'inexécution, il ne pourra se libérer que s'il justifie de l'existence d'une cause étrangère l'ayant empêché ; la présomption instaurée est donc difficile à combattre. En revanche, si le débiteur s'engage uniquement à tout mettre en œuvre pour accomplir l'obligation à laquelle il s'engage, il s'agit d'une obligation de moyens et le créancier doit rapporter la preuve que toutes les mesures appropriées pour accomplir l'obligation ont été prises, aucune présomption de faute contractuelle ne pèse sur le débiteur. V. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, I., Sources des obligations*, t. V, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, n° 1237 et s., p. 536 et s. Pour démontrer l'ambivalence de cette théorie, DEMOGUE prend très justement l'exemple de l'obligation de sécurité du patron envers ses salariés : il explique ainsi que selon le point de vue adopté, elle peut être perçue par certains comme une obligation de résultat, ou alors comme une obligation de moyens dès l'instant que le patron doit tout faire pour sauvegarder la santé de ses ouvriers, spéc. p. 540-541.

¹⁶²⁴ En ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avr. 2009, n° 08-10.070 ; *Bull. civ.* III, n° 71 : *D.*, 2009, p. 1083, obs. D. CHENU ; *D.*, 2009, p. 2573, chron., obs. A.-C. MONGE et F. NESI ; *D.*, 2010, p. 1168, obs. N. DAMAS ; *AJDI*, 2009, p. 701, obs. F. DE LA VAISSIERE ; *RTD civ.*, 2009, p. 539, obs. P. JOURDAIN. La Cour a ainsi relevé que « *celui qui est chargé de la maintenance et de l'entretien complet d'un ascenseur est tenu d'une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité* ».

¹⁶²⁵ Pour une approche générale de la question, v. not. : J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001, spéc. n° 586 et s.

¹⁶²⁶ Par ex., s'agissant de l'obligation de sécurité d'une association sportive qui a mis à disposition un mur d'escalade, la Cour de cassation a estimé que cette obligation pouvait être qualifiée « *de prudence et de diligence envers les sportifs* », ce qui l'assimile à une obligation de moyens : Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2011, n° 10-23.528 ; *Bull. civ.* I, n° 219 ; *D.*, 2012, p. 539, note M. DEVELAY ; *D.*, 2012, p. 704, obs. F. PEYER ; *RTD civ.*, 2012, p. 121, obs. P. JOURDAIN.

¹⁶²⁷ En effet, la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat permet de faire peser selon les situations plus ou moins de contraintes sur le petit professionnel.

Bien entendu, il n'est pas question de remettre en cause l'ensemble des dispositifs qui tendent à assurer la sécurité des contractants comme le consommateur¹⁶²⁸. Toutefois, il convient de mettre en évidence l'alourdissement des charges qu'ils engendrent pour d'autres parties comme le petit professionnel¹⁶²⁹, et de prévenir également les dérives provoquées par une forme d'« obsession sécuritaire »¹⁶³⁰. À cet égard, il a déjà été fait état de l'avenir incertain de cette obligation telle qu'elle est actuellement conçue¹⁶³¹. C'est pourquoi, s'interroger sur l'étendue de l'obligation de sécurité à la charge du petit professionnel revient à réfléchir à ses capacités de prévision et d'action¹⁶³².

562. - **Obligation de sécurité et capacités de prévision du petit professionnel.**

Certes, le professionnel, quel qu'il soit, est présumé plus apte à gérer les risques éventuellement engendrés par l'opération contractuelle entreprise. Le contrat va lui permettre de moduler cette gestion, d'anticiper et de prévoir pour faire face aux menaces et aux aléas résultant de l'exécution du contrat¹⁶³³. Malgré tout, il ne faut pas négliger les limites de la démarche dès lors que chaque contrat met en relation des personnes dont les qualités individuelles sont susceptibles de varier, même s'il s'agit d'un professionnel. Aussi, il n'est pas incongru de penser que le petit professionnel ne dispose pas des mêmes capacités pour mesurer les risques que tel incident, tel dommage puisse se produire. En effet, prévoir les différentes situations ou les événements inhabituels pouvant déstabiliser l'opération contractuelle, voire en bouleverser l'exécution attendue n'est pas à la portée de tous. Pour cela, il faut nécessairement bénéficier de moyens, d'équipes spécialisées. Plus l'opération envisagée est complexe, plus les risques à prévoir sont importants et déterminants.

¹⁶²⁸ Qu'il soit grand ou petit, le professionnel engage sa responsabilité en matière de sécurité et ne doit donc pas se lancer à la légère.

¹⁶²⁹ Ce qui justifie de plus fort de réfléchir aux solutions à mettre en place pour aider ces petits professionnels à remplir leurs obligations à ce titre.

¹⁶³⁰ Monsieur DEFFERRARD craignait ainsi, en conclusion de son propos, la mise en œuvre d'une forme de « *principe sécurité* » et déplorait la destination prise par la Cour de cassation « *en imposant au débiteur, initiateur de l'opération contractuelle, une obligation de quasi-garantie de sécurité qui fait de lui, parallèlement, un assureur endossant jusqu'au poids de l'inconnu dommageable* », F. DEFFERRARD, « Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère », préc., spéc. n° 19.

¹⁶³¹ Il a pu être souligné que « *la notion d'obligation de sécurité elle-même [...] est viciée dans son principe* », Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2018-2019, n° 3122.104.

¹⁶³² Capacités qui doivent toutefois être tempérées au regard de la nécessité aujourd'hui de contracter des assurances obligatoires, et aussi onéreuses pour le petit professionnel, afin de faire face aux conséquences d'éventuels manquements.

¹⁶³³ Pour une approche générale du contrat comme instrument de prévision : L. MARIGNOL, *La prévisibilité en droit des contrats*, th. Toulouse 1, sous la direction de J. JULIEN, 2017.

563. - **Obligation de sécurité et capacités d'action du petit professionnel.** Comme cela a été précédemment mis en évidence, le débiteur de l'obligation de sécurité est tenu de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour mettre fin aux risques encourus ou subis. Encore plus que les capacités de prévision du petit professionnel, ses capacités d'action semblent bien moins importantes que pour la moyenne des autres professionnels. Qu'il s'agisse de prendre des mesures préventives dont la portée et l'efficacité demeurent parfois incertaines¹⁶³⁴ ou des mesures curatives qui ont bien souvent pour but unique de limiter les conséquences dommageables, le petit professionnel est moins armé pour faire face.

564. - **Synthèse.** À l'obligation de sécurité pesant sur le petit professionnel s'ajoutent en outre toutes les obligations spéciales tenant compte de la spécificité de certains produits ou services. C'est pourquoi, le législateur et la jurisprudence sont particulièrement attentifs à l'exigence de loyauté de tous les professionnels, celle-ci permettant de fixer le curseur au regard de l'ensemble des obligations susceptibles d'être mises à leur charge.

IV. Obligation de loyauté « accentuée »

565. - **Présentation.** Plus que toute autre, l'obligation de loyauté prend une dimension particulière lorsqu'il s'agit d'appréhender la situation des professionnels et donc d'un petit professionnel¹⁶³⁵. Le devoir de loyauté implique à l'évidence la prise en compte des intérêts de son cocontractant¹⁶³⁶. En effet, il permet de maintenir l'équilibre dans les relations contractuelles, surtout lorsqu'elles se trouvent inégales ou conflictuelles¹⁶³⁷. Cependant, jusqu'où cette considération pour l'autre partie doit-elle aller ? Il n'est pas surprenant de relever qu'en présence d'un professionnel, cette exigence de loyauté connaît une intensité plus forte que lorsqu'il s'agit d'un particulier. Or, les conséquences engendrées ne sont pas anodines. Comme l'a relevé Monsieur PICOD, ce devoir peut prendre différentes formes et se

¹⁶³⁴ Il a ainsi été souligné : « *en cas d'accident, on constate que devant le juge la confrontation de l'événement dommageable avec la diligence déployée par le débiteur tourne toujours à son désavantage* », F. DEFFERRARD, « Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère », préc., spéc. n° 15.

¹⁶³⁵ V. not. : D. LOCHOUARN, *La profession, Approche juridique de la notion*, th. Lyon III, 1998, n° 282 et s., p. 284 et s.

¹⁶³⁶ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, 1989, n° 85, p. 101-102.

¹⁶³⁷ Il a ainsi été justement souligné que « *le devoir de loyauté est un facteur d'équilibre dans le constant antagonisme entre acheteurs et vendeurs ou plus généralement partenaires du monde économique, guidés par les règles de la concurrence dans le choix de leur comportement* », G. AUGENDRE, « La concurrence : renforcement du devoir de loyauté », *Gaz. Pal.*, n° 340, 5 déc. 2000, p. 28.

concrétiser au travers de plusieurs obligations telles que les obligations de collaboration, de coopération, de renseignement, etc. Que ce soit dans ses relations avec les autres professionnels ou bien dans ses rapports avec les consommateurs, l'exigence de loyauté attendue du petit professionnel est de toute évidence étendue.

566. - **Le devoir de loyauté : une exigence élargie.** Beaucoup de règles tendant à rationaliser le comportement des contractants découlent de la mise en œuvre du devoir de loyauté. Par exemple, informer son cocontractant ne résulte-il pas d'un devoir plus large : le devoir de loyauté ? N'est-ce pas faire preuve de loyauté que d'assurer une information à son partenaire et lui permettre de consentir au contrat de manière éclairée ? Ainsi, il a été relevé que le devoir de loyauté pouvait être limité « à un devoir d'information très diversifié »¹⁶³⁸. Bien entendu, ce devoir a une vocation plus générale et se décline aussi sous la forme des obligations d'information, ou encore de transparence¹⁶³⁹. Malgré tout, il est possible d'identifier des applications particulières du devoir de loyauté dans différentes branches du droit¹⁶⁴⁰, preuve supplémentaire que celui-ci a une vocation élargie. Tout spécialement, il est intéressant d'évoquer ici la situation du dirigeant social qui voit son comportement de plus en plus régulé par une extension du devoir de loyauté à sa charge¹⁶⁴¹. Si celui-ci, en tant que représentant légal de la société, n'agit pas en son nom propre mais au nom de la personne morale, il exerce des actes professionnels et prend des décisions exécutives¹⁶⁴². En matière de concurrence, par exemple, il a été jugé que le dirigeant social est contraint de respecter un devoir de loyauté et de fidélité tant à l'égard des associés que de la société elle-même,

¹⁶³⁸ J.-L. RIVES-LANGE, « Rapport de synthèse », *Gaz. Pal.*, n° 340, 5 déc. 2000, p. 81.

¹⁶³⁹ N. PROD'HOMME, « Professionnel et consommateur : une loyauté réciproque ? », in *La loyauté en droits de la concurrence et de la consommation*, LPA, n° 234, numéro spécial, 24 nov. 2011, p. 29.

¹⁶⁴⁰ Il en est ainsi de la sanction des pratiques commerciales déloyales tant par le Code de commerce dans le cadre des relations entre entreprises : C. com., Partie législative, Livre IV, Titre IV, Chapitre 2, que par le Code de la consommation lorsqu'il s'agit de protéger les consommateurs : C. consom., Partie législative nouvelle, Livre 1^{er}, Titre II, Chapitre 1^{er}. Aussi, selon l'art. L. 121-1 du C. consom., « une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Cette approche résulte du droit européen et notamment de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directives sur les pratiques commerciales déloyales »), *JOUE* L 149/22 du 11 juin 2005.

¹⁶⁴¹ Pour une approche générale sur la question, v. not. : B. BOULOC, « L'obligation de loyauté du dirigeant social », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LE CANNU*, Dalloz, 2014, p. 233 et s.

¹⁶⁴² À cet égard, le pouvoir détenu par le dirigeant social a été identifié comme un fondement à son devoir de loyauté : H. LE NABASQUE, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires. Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.*, 1999, p. 273.

notamment lorsqu'il négocie un marché en qualité de gérant d'une autre société du même domaine d'activité¹⁶⁴³.

567. - **Le devoir de loyauté : une exigence renforcée.** Il n'est pas contesté que le devoir de loyauté apparaît depuis quelques années de plus en plus renforcé dans l'ensemble des relations contractuelles et tout spécialement dans les relations commerciales où le devoir de loyauté « *se trouve renforcé par les règles de concurrence* »¹⁶⁴⁴. En particulier, Madame AUGENDRE estime qu'en droit de la concurrence « *le renforcement de la loyauté est bien un devoir* »¹⁶⁴⁵. Les relations d'affaires ne sont pourtant pas les seules où l'obligation de loyauté se trouve renforcée. Dans les relations consuméristes, ce devoir exige du professionnel de nombreux comportements « *même s'ils ne correspondent pas à des obligations expressément stipulées dans la convention des parties* »¹⁶⁴⁶. L'obligation de loyauté exigée d'un professionnel est bien souvent plus importante que celle imposée, par exemple, à un consommateur. C'est pourquoi, si « *l'obligation de loyauté érigée en principe directeur, devient nécessairement réciproque* », notamment entre le professionnel et le consommateur, il s'agit d'une « *obligation ordinaire pour le consommateur* » et d'une obligation « *renforcée pour le professionnel* »¹⁶⁴⁷. Aussi, la loyauté attendue de la part d'un professionnel sera appréciée de manière plus rigoureuse que celle venant d'un consommateur¹⁶⁴⁸. Dans ces conditions, le respect de cette obligation se trouve particulièrement renforcé à la charge du professionnel¹⁶⁴⁹, et donc du petit professionnel.

568. - **Devoir de loyauté et petit professionnel.** Dans l'ensemble des obligations mises à la charge des parties au-delà de la simple lecture du contrat, l'obligation de loyauté semble faire figure d'épouvantail. Celle-ci paraît, en effet, transcender l'ensemble des autres

¹⁶⁴³ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 ; *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *D.*, 2012, p. 134, obs. A. LIENHARD ; *D.*, 2012, p. 134, note T. FAVARIO ; *RTD com.*, 2012, p. 137, obs. A. CONSTANTIN.

¹⁶⁴⁴ G. AUGENDRE, « La concurrence : renforcement du devoir de loyauté », *Gaz. Pal.*, n° 340, 5 déc. 2000, p. 28.

¹⁶⁴⁵ G. AUGENDRE, *ibid.*

¹⁶⁴⁶ A. OUTIN-ADAM, « La loyauté dans le droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, n° 340, 5 déc. 2000, p. 36.

¹⁶⁴⁷ N. PROD'HOMME, « Professionnel et consommateur : une loyauté réciproque ? », in *La loyauté en droits de la concurrence et de la consommation*, LPA, n° 234, numéro spécial, 24 nov. 2011, p. 29, spéc. n° 26.

¹⁶⁴⁸ L'obligation de loyauté engendre une exigence de coopération entre les contractants de sorte qu'il sera possible d'identifier dans celle-ci « *tout le fondement de la protection du faible par le fort ou du non-professionnel par le professionnel dans différentes branches du droit, qu'il s'agisse du droit de la consommation, de la concurrence, des services bancaires ou d'investissement* », M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *Gaz. Pal.*, n° 145, 24 mai 2012, p. 34, spéc. n° 2.

¹⁶⁴⁹ V. par ex., la directive sur les pratiques commerciales déloyales : Dir. n° 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, 11 mai 2005, et la L. n° 2008-3 du 3 janv. 2008 en France.

obligations imposées au professionnel : que ce soit dans la délivrance de l'information ou encore dans l'exigence de vigilance. En outre, comme cela a été compris, le devoir de loyauté offre une marge d'appréciation importante au juge pour modeler les obligations mises à la charge du professionnel¹⁶⁵⁰. Ce dernier se trouve alors contraint de s'exécuter en respectant les intérêts de son cocontractant. Pourtant, une telle intensité dans l'exigence de loyauté à l'encontre du petit professionnel est-elle pertinente et justifiée ? N'est-ce pas au contraire une forme de déloyauté que de soumettre ce contractant à cet impératif, alors qu'il est de surcroît tributaire de la malléabilité de son contrôle jurisprudentiel ?

Accentuer les obligations mises à la charge du petit professionnel et notamment la loyauté attendue de celui-ci dans ses relations avec le consommateur peut paraître exagéré, voire déloyal. En effet, si le consommateur n'est pas le seul créancier de l'obligation de loyauté, il en est certainement le principal, ce qui n'est pas de nature à aider le petit professionnel.

Par ailleurs, si le droit européen a très tôt envisagé la consécration de la bonne foi comme principe directeur du contrat¹⁶⁵¹, le droit commun des contrats issu de la récente réforme a également placé ce devoir en première place¹⁶⁵². Plus récemment, les projets doctrinaux établis par le législateur européen ont insisté sur la nécessité de renforcer le principe de loyauté comme guide des relations contractuelles¹⁶⁵³. Bien plus, il est clairement souligné que l'application du devoir de loyauté doit dépendre « *du niveau respectif d'expertise des parties* »¹⁶⁵⁴, étant rappelé que le texte initialement envisagé pour un droit commun européen de la vente prévoyait son application aux relations impliquant un petit professionnel. Cela démontre que l'exigence de loyauté ne peut s'appliquer de manière équivalente entre les parties, particulièrement lorsqu'elles sont de tailles différentes. Malgré tout, il faut demeurer conscient que si l'influence européenne sur le devoir de loyauté a déjà été constatée, elle doit également être relativisée¹⁶⁵⁵.

En définitive, comme d'autres devoirs et obligations, la loyauté exigée du petit professionnel apparaît particulièrement intensifiée lorsque son cocontractant est profane en la

¹⁶⁵⁰ C'est ainsi que le devoir de loyauté présente des fonctions multiples en ce qu'il permet à la fois d'interpréter la volonté des parties, parfois de compléter le contenu du contrat, ou encore de limiter l'utilisation d'un droit, voire d'adapter les circonstances. Qui plus est, cette exigence a vocation à s'appliquer tant au stade précontractuel, contractuel que post-contractuel.

¹⁶⁵¹ PDEC, art. 6 :102. Cet article place d'ailleurs cette exigence à l'origine des obligations implicites au contrat.

¹⁶⁵² C. civ., art. 1104.

¹⁶⁵³ V. par ex. : DCEV, art. 2 dont la rédaction traite de la bonne foi et de la loyauté en les confondant.

¹⁶⁵⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 oct. 2011 relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD), considérant 31.

¹⁶⁵⁵ E. POILLOT, « Influence du droit de l'Union européenne et primauté de la loyauté : une protection incidente du consommateur ? », *LPA*, n° 234, 24 nov. 2011, p. 34.

matière. Ce renforcement de l'obligation de loyauté du petit professionnel s'inscrit dans un phénomène plus large d'affermissement du droit de la responsabilité professionnelle.

569. - **Conclusion de la Section I.** Le phénomène de densification des obligations contractuelles n'est pas nouveau, qu'il soit à l'initiative du législateur ou bien à celle du juge¹⁶⁵⁶. Le professionnel « *n'est pas un contractant ordinaire, mais se caractérise par des obligations nettement différentes des obligations civiles* »¹⁶⁵⁷. Cette tendance prend un sens particulier en présence d'un petit professionnel dont les capacités et les moyens ne correspondent pas aux standards classiques de tous les professionnels. Le poids des obligations est alors mis en évidence et conduit à réfléchir aux conséquences qu'il engendre¹⁶⁵⁸. Malgré tout, il ne s'agit pas là de l'unique pression appliquée au petit professionnel qui se trouve également soumis à des modalités contractuelles très rigoureuses.

Section II : Le petit professionnel soumis à un régime contractuel strict

570. - **Présentation.** Comme l'ensemble des contractants, le petit professionnel est soumis au régime du droit commun des contrats mis en place par le Code civil¹⁶⁵⁹. Il est également tenu de respecter certains régimes spéciaux dérogatoires au droit commun et notamment, en tant que professionnel, le régime juridique plus strict applicable aux contrats de consommation¹⁶⁶⁰. L'assujettissement du petit professionnel à un régime particulièrement exigeant peut donc prendre plusieurs formes. Bien souvent, le petit professionnel, comme l'ensemble des professionnels, ne peut limiter ou exclure sa responsabilité¹⁶⁶¹, ni par principe

¹⁶⁵⁶ En ce sens, D. MAZEAUD, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 1998, n° 54, p. 8.

¹⁶⁵⁷ D. LOCHOUARN, *La profession, Approche juridique de la notion*, th. Lyon III, 1998, n° 208, p. 219. L'auteur évoque ainsi l'instauration à la charge de tous les professionnels d'« *obligations exorbitantes du droit commun* », *ibid.*

¹⁶⁵⁸ Astreindre le petit professionnel à des obligations plus lourdes et contraignantes que les autres contractants est-il vraiment justifié ? Cela a-t-il réellement du sens ? En tout état de cause, cela n'est pas certain, surtout que l'intensité des obligations mises à sa charge est, pour lui, exacerbée.

¹⁶⁵⁹ C. civ., art. 1100 et s. pour le régime général, et C. civ., art. 1582 et s. pour le régime des contrats spécifiques comme la vente, la société, le prêt, etc.

¹⁶⁶⁰ Pour une approche globale : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT de VINCELLES, G. BRUNAUX, et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 2018.

¹⁶⁶¹ En la matière, les clauses insérées dans le contrat sont régulièrement sanctionnées, que ce soit par le droit commun (V. par ex. : Cass. Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 223 ; *CCC*, 1997, 24, obs. L. LEVENEUR ; *D.*, 1997, p. 121, note A. SERIAUX ; *D.*, 1997, somm. comm., p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Defrénois*, 1997, 333, obs. MAZEAUD ; *JCP*, 1997, I, 418, obs. J. MESTRE), ou encore par certains droits spéciaux (C. consom., anc. art. L. 132-1, Annexe, 1., *a*) et *b*) issue de la loi n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995, *JORF* n° 28 du 2 févr. 1995, p. 1755, art. 1^{er}). Pour une approche générale de la question, v. not. : M.

diminuer le droit à réparation de son cocontractant consommateur¹⁶⁶². Si ces questions ont fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement dense, elles ne constituent pas les seuls exemples permettant de mettre en évidence la soumission du petit professionnel à un cadre exigeant. Aussi, une approche générale articulant les différents régimes ainsi que leurs règles contraignantes est nécessaire pour se rendre compte des contraintes pesant sur le petit professionnel à cet égard.

571. - **Plan.** De toute évidence, un régime strict pèse donc sur le petit professionnel que ce soit au regard des obligations formelles mises à sa charge (I), des contraintes résultant de la mise en œuvre et de l'exécution du contrat (II), ou encore des sanctions particulièrement lourdes susceptibles d'être prises à son encontre (III).

I. Les contraintes formelles à la charge du petit professionnel

572. - **Généralités.** Le petit professionnel est, d'une manière générale, tenu d'être particulièrement vigilant à la rédaction de ses contrats¹⁶⁶³. La mise en place de dispositifs préventifs protecteurs des parties faibles au contrat a conduit à l'instauration de diverses mesures permettant d'assurer la liberté des contractants. Aussi, lorsque cette dernière n'est plus garantie par le seul échange des consentements, le législateur et parfois, bien que dans une moindre mesure, la jurisprudence ont envisagé la substitution du consensualisme à un formalisme plus protecteur¹⁶⁶⁴. S'attarder sur la rédaction d'un écrit et le respect de l'insertion de certaines clauses dans le contrat doit, en effet, permettre aux parties de mieux réfléchir à leur engagement¹⁶⁶⁵. Dans l'absolu, le petit professionnel est, comme les autres, soumis au formalisme imposé par le législateur, notamment dans les relations consuméristes où il est surtout possible de constater un alourdissement relativement aux mentions informatives.

LEVENEUR-AZEMAR, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2017.

¹⁶⁶² C. consom., art. R. 212-1, 6°.

¹⁶⁶³ Que ce soit au regard de la forme du contrat objet des présents développements, ou encore de son contenu avec l'ensemble des dispositions relatives à l'interdiction des clauses abusives.

¹⁶⁶⁴ Dès le milieu du XX^e siècle, l'attention de la doctrine sur le formalisme s'est intensifiée, v. not. : J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à G. Ripert*, tome I, LGDJ, 1950, p. 93. L'auteur met d'ailleurs clairement en évidence la multiplication des règles de forme par le législateur et l'approche plus mesurée de la jurisprudence dans leur application.

¹⁶⁶⁵ Il est intéressant de relever qu'il existe plusieurs types de formalismes imposés, s'agissant de l'obligation de rédiger un écrit ou encore de l'obligation d'insérer certaines mentions au contrat.

573. - **Plan.** Si le formalisme mis à la charge du petit professionnel apparaît pour partie justifié et nécessaire (A), il est légitime de s'interroger sur son éventuelle démesure à l'encontre de ce petit contractant (B).

A. Un formalisme accru

574. - **Formalisme : validité et effectivité du contrat.** À côté du consensualisme consacré en droit des contrats a toujours cohabité un certain modèle de formalisme¹⁶⁶⁶. L'instauration d'un formalisme précis propre à de nombreux contrats répond à différents objectifs¹⁶⁶⁷. Outre le fait que ce formalisme va permettre d'opérer une distinction entre les contrats solennels¹⁶⁶⁸ et les contrats consensuels¹⁶⁶⁹, il va permettre de déterminer la validité du contrat et surtout d'estimer les modalités selon lesquelles il est susceptible de produire ses effets¹⁶⁷⁰. Il convient à cet égard d'opérer une distinction entre le formalisme exigé *ad validitatem*¹⁶⁷¹ et le formalisme exigé *ad probationem*¹⁶⁷². Il existe certains degrés de solennité et donc de formalisme selon l'importance et la gravité de l'acte en cause¹⁶⁷³. Ainsi, l'encadrement mis en place est de nature à assurer la protection de l'ensemble des contractants.

575. - **Une protection nécessaire.** Lorsque le contrat conclu présente des enjeux importants, il est indispensable de garantir l'exercice du consentement des parties et la sécurité juridique¹⁶⁷⁴. Cependant, le législateur ne se contente pas d'imposer le respect d'un formalisme uniquement dans ces hypothèses. De plus en plus, c'est l'inégalité des parties au

¹⁶⁶⁶ V. not. sur cette cohabitation : Y. JEANCLOS, « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », in *Hommages à Gérard BOULVERT*, Université de Nice, 1987, p. 333 et s.

¹⁶⁶⁷ Aux termes de la définition apportée par le *Vocabulaire juridique*, il est d'ailleurs rappelé que la multiplication des formalités est exigée « soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, v° « Formalisme », p. 470.

¹⁶⁶⁸ Soit les contrats dont la validité est subordonnée à l'accomplissement d'une formalité précise imposée par le législateur. C'est le cas des actes authentiques qui sont obligatoires pour certains types de contrat comme les donations entre vifs, les acquisitions immobilières ou la constitution des hypothèques.

¹⁶⁶⁹ C'est-à-dire les contrats formés par la seule rencontre des volontés de chaque partie.

¹⁶⁷⁰ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, tome II, vol. 1, Obligations, Théorie Générale*, 9^e éd., 1998, p. 59 et s.

¹⁶⁷¹ Dans ce cas, les formalités et les mentions sont exigées à peine de nullité de l'acte.

¹⁶⁷² Dans cette hypothèse, aucune sanction ne vient condamner l'absence de respect des formalités et l'écrit permettra surtout d'établir la preuve de l'existence de l'acte, ainsi que de l'exécution des règles.

¹⁶⁷³ Plus précisément ici, les conséquences que le contrat peut avoir sur le patrimoine du contractant et plus largement l'ensemble des conséquences économiques qu'il peut engendrer dans le présent comme dans l'avenir.

¹⁶⁷⁴ Par ex., en matière de vente immobilière et not. de vente d'immeuble à construire (C. civ., art. 1601-1 et s.).

contrat qui semble présider à la mise en place de tels mécanismes¹⁶⁷⁵. Instituer le respect d'un certain formalisme par l'un des contractants permet de garder une certaine « mainmise » sur son comportement et sur les risques engendrés par le contrat. Cette méthode conduit, en effet, à contrôler la formation voire l'exécution du contrat, ce afin notamment de protéger la partie en situation de faiblesse¹⁶⁷⁶. Ainsi, le formalisme est imposé au bénéfice de la partie qui se trouve en situation moins avantageuse que son cocontractant et permet d'une certaine manière de lutter contre les disparités contractuelles. Pour autant, le développement des motifs commandant à l'instauration du formalisme a conduit à un véritable élargissement du phénomène.

576. - **Élargissement du formalisme.** Petit à petit le formalisme rendu obligatoire pour les actes les plus importants de la vie économique des contractants s'est s'élargi à des actes plus courants. Bien plus que la volonté d'exiger la conclusion du contrat sous forme authentique, il est désormais imposé la rédaction d'un simple acte écrit, accompagné parfois de mentions manuscrites obligatoires, ce qui est censé répondre au besoin de protection de la partie faible, même pour des actes dont la gravité n'est pas particulièrement avérée¹⁶⁷⁷. Une nouvelle fois, ce sont les rapports entre professionnels et consommateurs qui furent pour beaucoup à l'origine du développement de ce formalisme¹⁶⁷⁸ et qui ont conduit au développement, par exemple, du phénomène des clauses-types¹⁶⁷⁹. C'est à la suite de ces mouvements que les charges engendrées par le formalisme vont se répercuter de manière considérable sur le petit professionnel. Entretenant lui aussi des relations contractuelles avec les consommateurs, il est donc soumis au même régime formel que les autres professionnels. Désormais, même si le risque pour la partie faible n'est pas nécessairement grand, il peut être mis en place un formalisme rigoureux dont l'irrespect est de nature à engager la responsabilité

¹⁶⁷⁵ Ce que le Professeur COUTURIER a appelé le « « nouveau » formalisme de protection » : G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, n° 15-16, 2000, p. 880.

¹⁶⁷⁶ Par ex., l'apposition de la signature du contractant sur l'écrit exigé va, en principe, lui permettre de prendre conscience de l'ampleur de son engagement. Cette expression de la volonté du contractant laisse en effet penser que celui-ci connaît le contenu des stipulations contractuelles auxquelles il s'engage. C'est d'ailleurs pourquoi cette signature est bien souvent précédée de la formule « lu et approuvé ». Si la portée de cette mention peut être discutée dès lors qu'il est acquis que la majorité des personnes n'ont pas étudié chacune des pages du contrat, elle permet de présumer que le consentement est libre et éclairé.

¹⁶⁷⁷ C'est ce qui a notamment conduit à l'apparition du « *formalisme informatif* », puis à son essor : G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », préc.

¹⁶⁷⁸ V. déjà dès la fin du XX^e siècle en matière de crédit : L. AYNES, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, I. FADLALLAH (dir.), Litec, 1982, p. 65.

¹⁶⁷⁹ Particulièrement en droit de la consommation, s'agissant des dispositions qui exigent la délivrance de certaines informations au consommateur ou l'insertion dans le contrat de clauses pré-rédigées par le législateur lui-même que ce soit, par ex., pour les formulaires de rétractation dans le cadre des contrats conclus à distance ou hors établissement (C. consom., art. L. 121-17, 2°) ou en matière de cautionnement (C. consom., art. L. 314-15).

du contractant fautif¹⁶⁸⁰. Bien plus, le droit de la consommation n'est pas le seul à alourdir ce régime et la formalisation des relations commerciales fait également l'objet d'un remaniement¹⁶⁸¹. Les conditions applicables aux conventions récapitulatives conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou prestataires de services s'agissant des produits de grande consommation¹⁶⁸² sont alourdies avec la mise en place d'obligations complémentaires par rapport au régime général¹⁶⁸³. Il est ainsi prévu de faire mention dans la convention du barème des prix unitaires ou encore du chiffre d'affaires prévisionnel¹⁶⁸⁴, étant rappelé que tout manquement à ces dispositions est passible d'une amende administrative¹⁶⁸⁵.

577. - **Lourdeur du formalisme informatif à la charge du petit professionnel.** Il a été justement relevé que le formalisme informatif a « *pour domaine naturel d'application* » les relations entre professionnels et consommateurs¹⁶⁸⁶. Bien que ce phénomène s'étende progressivement à d'autres rapports où la qualité des parties n'est pas toujours pertinente, il n'en demeure pas moins que les professionnels restent les premiers concernés par la vision large ainsi adoptée du formalisme. En outre, il a été relevé que le formalisme imposé pour certains contrats et surtout à certains contractants a connu une hausse importante. Aujourd'hui, ce phénomène se remarque particulièrement dans les relations impliquant des professionnels, qui même s'ils ne sont pas des professionnels du droit se voient contraints de

¹⁶⁸⁰ Paradoxalement, la pratique semble évoluer, notamment avec la hausse des contrats conclus par le biais d'Internet et du recours à la signature électronique. Certes cette dernière permet de conclure un contrat plus rapidement, mais elle est également de nature à accentuer les craintes relatives à l'engagement des parties faibles dès lors qu'il est devenu encore plus facile de contracter, l'action du contractant se limitant à cocher quelques cases. En tout état de cause, le phénomène s'accroît et se mondialise ce qui engendre de plus en plus de risques pour certaines parties comme le petit professionnel. C'est pourquoi, la directive n° 1999/93/CE du 13 déc. 1999 du Parlement européen et du Conseil sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (*JO* n° L 013 du 19 janv. 2000, p. 12) est venue encadrer l'utilisation de la signature électronique, ce qui a d'ailleurs conduit à une modification du Code civil avec la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (*JORF* n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968), qui a créé l'article 1316-4, devenu le nouvel article 1367 du Code civil. Toutefois, si le formalisme dit « dématérialisé » et le mécanisme du « double-clic » apportent une certaine sécurité, les « maladroites » ne sont pas exclues (J.-L. AUBERT, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Deffrénois*, n° 15-16, 2000, p. 931).

¹⁶⁸¹ V. ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF* n° 97 du 25 avr. 2019, texte n° 16.

¹⁶⁸² C'est-à-dire des produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation.

¹⁶⁸³ C. com., art. L. 441-4.

¹⁶⁸⁴ Selon le rapport au Président de la République (*JORF* n° 97 du 25 avr. 2019, texte n° 15), il est prévu d'inclure dans la convention le « plan d'affaires », tout en invitant les parties à insérer dans le contrat un « document récapitulatif » permettant de constater le prix convenu et le chiffre d'affaires prévisionnel. Sur cette obligation qui vise à prévoir « *un document récapitulatif dans une convention récapitulative* » : F. BUY, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *D.*, 2019, chron., p. 1122.

¹⁶⁸⁵ C. com., art. L. 441-6 qui prévoit que le montant de cette amende ne peut excéder 75.000,00 euros pour une personne physique et 375.000,00 euros pour une personne morale.

¹⁶⁸⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 207, p. 239.

respecter des dispositifs contractuels de plus en plus compliqués. Aussi, le petit professionnel, tenu de délivrer une information à son partenaire consommateur, doit le faire en respectant certaines conditions et certaines formes. Par exemple, l'article L. 111-1 du Code de la consommation impose la délivrance de l'information par le professionnel au consommateur « *de manière lisible et compréhensible* »¹⁶⁸⁷, en précisant l'ensemble des mentions obligatoires reprenant les éléments d'information nécessaires. Le non-respect de ce formalisme entraîne naturellement des sanctions pour le débiteur. Les contraintes et les risques pour le petit professionnel se trouvent donc multipliés. À cet égard, il convient d'observer l'importance et le poids de ces dispositions puisqu'il a été souligné que « *le formalisme en droit de la consommation est plus qu'une simple nécessité de preuve* »¹⁶⁸⁸. Dans ces conditions et compte tenu des enjeux, il est évident que la démarche pour le petit professionnel n'est pas simplifiée, celui-ci devant être attentif à la fois au formalisme tenant à la rédaction des contrats, et en même temps au formalisme portant sur la communication des informations et l'exercice des diverses obligations mises à sa charge. À ces difficultés s'ajoutent les motifs de remise en cause du formalisme tel qu'il est aujourd'hui conçu au travers d'une multitude de conceptions et de régimes applicables.

578. - **Synthèse.** Comme de nombreuses parties au contrat, le petit professionnel est tenu de respecter des contraintes formelles à l'égard de son partenaire afin d'assurer une véritable protection de ce dernier. Si cette réalité présente une utilité, elle est susceptible de conduire à des excès sur lesquels il est désormais nécessaire de se pencher.

B. Un formalisme excessif ?

579. - **Explications.** En quoi le petit professionnel, sans véritables moyens et parfois sans expérience, est-il mieux armé que son cocontractant, en l'occurrence consommateur, pour justifier la mise en place d'un formalisme lourd ? Ce point mérite d'être approfondi, d'autant que ce formalisme s'est accru ces dernières années et que des risques ont été identifiés¹⁶⁸⁹. À cela s'ajoutent les limites même du formalisme qui ne permet pas à lui seul

¹⁶⁸⁷ Ce qui fait présumer la nécessité de recourir à un écrit.

¹⁶⁸⁸ F. ROGUE, *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. M. AUDIT, postface L. MAUGER-VIELPEAU, Bibliothèque des thèses, éd. Mare & Martin, 2017, n° 846, p. 523.

¹⁶⁸⁹ V. not. : X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G.*, n° 40, 1999, I, doct. 170.

de garantir une protection des parties faibles, ce qui remet d'autant plus en cause la nécessité de l'ajouter à la charge de certains contractants comme le petit professionnel.

580. - **Constat : surabondance du formalisme imposé au petit professionnel.** Dans le cadre de ses relations de consommation, le petit professionnel est bien souvent contraint de remettre à son cocontractant un écrit, ce qui accentue le caractère formaliste de ces contrats¹⁶⁹⁰. La production de cet écrit va ainsi être imposée *ad validitatem*, autrement dit le petit professionnel s'expose à la nullité de l'acte en cas de non-respect de cette exigence. L'obligation d'un écrit dans les contrats de consommation constitue une charge évidente pour le petit professionnel. De surcroît, le Code de la consommation exige que les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs soient « *présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* »¹⁶⁹¹. C'est ainsi que « *le droit de la consommation comme le droit du travail, sont devenus des nids de formalités* »¹⁶⁹², phénomène qui ne s'arrête pas en fonction de la qualité de petit ou de grand du professionnel concerné.

Or, il convient également de relever que la jurisprudence, pendant longtemps réticente à l'application stricte des règles de forme¹⁶⁹³, n'hésite plus à sanctionner tout manquement en cas de non-respect des formalités prescrites¹⁶⁹⁴. À la fin du siècle dernier, il était d'ailleurs fait état de « *l'imperméabilité de la jurisprudence au discours libéral classique et son adhésion presque totale à la doctrine formaliste du législateur* »¹⁶⁹⁵.

En outre, ce formalisme n'est pas le seul à peser sur le petit professionnel qui subit également les contraintes découlant des clauses, ou encore des contrats pré-rédigés.

581. - **Prédétermination du contenu contractuel.** Bien souvent l'exigence de formalisme s'accompagne de la nécessité pour l'un des contractants d'insérer des mentions relatives aux éléments essentiels du contrat, voire sur les protections existantes. De nombreuses législations sont venues petit à petit instaurer cette obligation¹⁶⁹⁶. Par la suite et d'une manière générale, l'ensemble des professionnels ont été soumis au respect de cette

¹⁶⁹⁰ V. par ex., pour les contrats de vente conclus hors établissement : C. consom., art. L. 221-8.

¹⁶⁹¹ C. consom., art. L. 211-1.

¹⁶⁹² X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », préc., spéc. n° 4.

¹⁶⁹³ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », préc.

¹⁶⁹⁴ Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre les nombreuses jurisprudences relatives au non-respect de la mention manuscrite imposée dans le contrat de cautionnement et au régime en découlant.

¹⁶⁹⁵ X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », préc., spéc. n° 6.

¹⁶⁹⁶ V. not., la loi du 13 juill. 1930 relative au contrat d'assurance ou encore les lois protégeant les consommateurs comme la loi n° 78-22 du 10 janv. 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. V. sur ce point : O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, n° 120, p. 100 et s. ; L. AYNES, « Formalisme et prévention », préc., p. 65 et s.

exigence¹⁶⁹⁷. Plus qu'un simple formalisme à respecter, il arrive ainsi que le législateur impose, par des dispositions impératives¹⁶⁹⁸, le contenu du contrat au professionnel. Ce faisant, il procède lui-même à la détermination d'une partie du contrat et contraint le petit professionnel à se soumettre à des stipulations non consenties, qui ont bien entendu vocation à favoriser son cocontractant consommateur. Cette tendance est d'autant plus inquiétante qu'elle n'est pas toujours justifiée, et comme a pu le souligner le Professeur CHAZAL « lorsqu'il prédétermine le contenu d'un contrat, le législateur va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le consommateur compte tenu de sa vulnérabilité réelle »¹⁶⁹⁹. Outre ce fait, il met aussi à la charge de l'autre partie des obligations très contraignantes. Or, il a été démontré précédemment qu'une telle pratique peut nuire à certains dont le petit professionnel. Cette charge qui lui est dictée prend, en effet, une dimension particulière dans sa situation.

582. - **Critique.** Le formalisme accru à l'encontre des professionnels se fait particulièrement au détriment du petit professionnel qui se trouve de nouveau soumis à un régime strict dont les effets des manquements peuvent s'avérer cruels. Pour cet acteur économique, cela prend des proportions importantes en matière de coût et/ou de temps.

Par ailleurs, il convient de mettre en évidence les limites du formalisme dès l'instant que sa mise en place ne profite pas toujours de manière certaine à la partie pour laquelle il existe¹⁷⁰⁰. Dans ces conditions, il y a lieu de s'interroger sur la nécessité d'imposer un dispositif particulièrement lourd pour une partie, en l'occurrence pour le petit professionnel, alors même qu'il n'est pas garanti que l'objectif recherché, à savoir la protection du cocontractant, soit rempli. Les raisons poussant à l'instauration de ces dispositions prétendument protectrices apparaissent donc doublement remises en cause. C'est pourquoi un auteur, après avoir constaté la renaissance et le développement récent du formalisme, n'hésite pas à en annoncer la disparition en pointant du doigt ses incohérences et sa banalisation¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁷ Pour une approche générale sur l'essor de ce mouvement, v. par ex. : M. AL BOUSTANY, *Le contrat type*, th. Poitiers, sous la direction de J. SAVATIER, 1977, spéc. p. 263 et s.

¹⁶⁹⁸ Il convient de citer les opérations de crédit (C. consom., art. L 311-1 et s.), le contrat d'assurance (C. assur. art. L. 121-1), le contrat de construction de maison individuelle (L. du 19 déc. 1990 et décr. du 29 nov. 1991).

¹⁶⁹⁹ J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 261.

¹⁷⁰⁰ V. par ex., C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Collection Thèses de Sciences Humaines n° 12, éd. Academia, Bruylant, 2003. Si l'auteur relève que « la forme est devenue l'instrument privilégié de toute protection de la partie faible », il demeure lucide sur le fait que « fournir au profane un écrit dans lequel figurent des mentions parfois obligatoires, parfois rédigées par le seul professionnel ne suffit pas à éclairer le consentement du profane », spéc. n° 95, p. 106.

¹⁷⁰¹ N. RANDOUX, « Réflexions actuelles sur le formalisme », *JCP N.*, n° 42, oct. 2012, 1350.

En tout état de cause, la doctrine a fait ressortir les « *effets pervers* », voire même « *l'inefficacité* » du formalisme à outrance imposé notamment en matière d'information du consommateur¹⁷⁰².

583. - **Synthèse.** De toute évidence, le petit professionnel est soumis, dans certains cas, au respect d'un formalisme particulièrement strict pour assurer la mise en place et la mise en œuvre de la relation contractuelle. Pour autant, un tel fonctionnement n'est pas sans poser certaines questions.

II. Les contraintes résultant de la réalisation du contrat

584. - **Explications.** Faire exécuter le contrat peut devenir très contraignant pour le petit professionnel. En effet, de nombreuses dispositions viennent densifier et complexifier les exigences déterminant l'exécution du contrat. L'étendue des impératifs pouvant contrarier le petit professionnel s'intensifie ainsi inmanquablement. À ce titre, les conditions générales applicables aux contrats de consommation sont très généralement défavorables au petit professionnel. Bien souvent mis en place pour protéger l'un des contractants, en l'occurrence le consommateur, les mécanismes de protection consuméristes viennent en contrepartie accentuer les contraintes pesant sur le petit professionnel. C'est notamment le cas lorsque des difficultés d'exécution du contrat apparaissent.

585. - **Plan.** De ce fait, les dispositions relatives à une prescription plus sévères (A) et les règles d'interprétation des clauses contractuelles (B) constituent des exemples frappant de ce phénomène.

A. Un dispositif de prescription défavorable au petit professionnel

586. - **Explications.** La réglementation consumériste déroge très régulièrement aux dispositions du droit commun. Non seulement les obligations propres à chaque partie ne sont pas les mêmes, mais également certains régimes diffèrent. C'est le cas des règles qui régissent

¹⁷⁰² F. ROGUE, *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale. Contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit., n° 848, p. 524.

la prescription. Entre celle plus courte du droit de la consommation¹⁷⁰³, ou encore du droit des assurances¹⁷⁰⁴, et la prescription quinquennale classique du droit commun¹⁷⁰⁵, l'articulation n'est pas toujours aisée¹⁷⁰⁶. Or, il semble qu'une nouvelle fois, dans ce débat, le petit professionnel ne ressort pas gagnant et ce, qu'il agisse en qualité de « petit professionnel-professionnel »¹⁷⁰⁷ ou de « petit professionnel-consommateur »¹⁷⁰⁸.

587. - **Un régime de prescription réduite et sévère pour le « petit professionnel-professionnel ».** Comme pour les autres dispositions issues du Code de la consommation, les règles en matière de prescription sont établies en faveur du consommateur et au détriment du professionnel, quels que soient sa taille et son secteur d'activité¹⁷⁰⁹. Ainsi, l'article L. 218-2 du Code de la consommation met en place une prescription biennale s'agissant de l'action des professionnels pour les biens et services qu'ils fournissent aux consommateurs. Il n'est procédé à aucune distinction au sein des professionnels et tous sont donc concernés. Bien plus, ce dispositif est d'ordre public de sorte que les parties ne peuvent en aucun cas « *ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes d'interruption ou de suspension de celle-ci* »¹⁷¹⁰ et que le juge pourra relever d'office le bénéfice de ces dispositions. Dès lors, le petit professionnel qui voudra agir à l'encontre de l'un de ses clients consommateur ne devra pas laisser filer le temps. Or, il est constant qu'en pratique les délais passent vite et que les tergiversations de l'une ou l'autre des parties sont susceptibles de faire tomber toute chance d'action du petit professionnel qui serait un peu moins diligent.

588. - **Un régime de prescription réduite attrayant, mais inapplicable au « petit professionnel-consommateur » ?** L'application du dispositif de prescription dérogatoire issu

¹⁷⁰³ C. consom., art. L. 218-2.

¹⁷⁰⁴ C. assu., art. L. 114-1.

¹⁷⁰⁵ C. civ., art. 2224.

¹⁷⁰⁶ Aussi, le contentieux se développe entre les professionnels tentant de bénéficier des dispositions plus favorables du Code de la consommation qui prévoient un délai de prescription réduit, généralement biennal, et ceux qui tentent au contraire de limiter cette possibilité.

¹⁷⁰⁷ C'est-à-dire lorsqu'il va se retrouver soumis à la prescription en tant que professionnel débiteur.

¹⁷⁰⁸ C'est-à-dire lorsqu'il va chercher à être bénéficiaire de la prescription en tant que potentiel consommateur.

¹⁷⁰⁹ À noter qu'avant la réforme du 17 juin 2008 (L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JORF* n° 141 du 18 juin 2008, p. 9856, texte n° 1), il existait déjà un délai de prescription réduit à deux ans, mais uniquement pour les actions « *des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands* » (C. civ., anc. art. 2272, al. 4). De même, le Code civil prévoyait aussi des prescriptions réduites à six mois pour les hôteliers et traiteurs (C. civ., anc. 2271, al. 2), à deux ans pour les médecins, chirurgiens, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et pharmaciens (C. civ., anc. art. 2272, al. 3).

¹⁷¹⁰ C. consom., art. L. 218-1.

du droit de la consommation n'est pas sans poser de difficultés¹⁷¹¹. L'une des grandes problématiques relevées en la matière porte sur l'application de la prescription biennale aux relations entre un avocat et son client¹⁷¹². Le contentieux se concentre aussi, et principalement, sur l'hypothèse du crédit et sur l'application des dispositions issues de l'article L. 218-2 du Code de la consommation au profit du « consommateur-emprunteur »¹⁷¹³. La jurisprudence fait tout particulièrement preuve de sévérité en décidant d'exclure le bénéfice du délai de prescription biennale à l'emprunteur qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle, même accessoire¹⁷¹⁴. En l'espèce, une banque avait consenti à une personne physique un prêt afin de financer l'acquisition d'un lot de copropriété en l'état futur d'achèvement, à usage de résidence locative meublée. Puisque l'emprunteur a cessé de rembourser le prêt souscrit, la banque lui a notifié la déchéance du terme et lui a délivré un commandement de payer aux fins de saisie-vente, puis un commandement valant saisie immobilière. Constatant la prescription de la créance alléguée, la Cour d'appel a décidé de prononcer la nullité des commandements signifiés et des actes subséquents. En effet, les juges du fond ont considéré que l'emprunteur ne pouvait pas être assimilé à un professionnel dès lors qu'il n'était pas inscrit au registre du commerce et que le délai de la prescription biennale était donc applicable. Cette décision illustre toute la complexité à appréhender les bénéficiaires du dispositif de la prescription réduite du droit de la consommation¹⁷¹⁵. En outre, il met en évidence la distinction opérée entre les contractants lorsque le délai de prescription de l'action en remboursement d'un crédit immobilier consenti

¹⁷¹¹ V. en ce sens : F. JULIENNE, « Une prescription abrégée du droit de la consommation rationalisée ? », *CCC*, n° 5, mai 2018, étude 8. L'auteur met en évidence la nécessité d'améliorer le domaine d'application du dispositif de prescription consumériste notamment au regard des critères personnels et matériels choisis par le droit de la consommation.

¹⁷¹² V. par ex., s'agissant d'une personne physique qui a eu recours au service d'un avocat à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle : Cass. 2^{ème} civ., 26 mars 2015, n° 14-15.013 et n° 14-11.599 : *JurisData* n° 2015-006375 et n° 2015-006376 ; *JCP G.*, n° 23, 2015, 649, note C. CASEAU-ROCHE ; *CCC*, n° 6, 2015, comm. 156, obs. G. RAYMOND. Plus récemment, s'agissant du point de départ du délai de prescription : Cass. 2^{ème} civ., 26 oct. 2017, n° 16-23.599 : *JurisData* n° 2017-021034 ; *CCC*, n° 1, 2018, comm. 18, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX.

¹⁷¹³ Qu'il s'agisse d'un contrat de crédit immobilier souscrit par une SCI (Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2016, n° 15-14.689 : *JurisData* n° 2016-001528 ; *Bull. civ.* I, n° 907 ; *CCC*, n° 4, 2016, comm. 104, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP E.*, n° 23, 2016, 1348, note J.-D. PELLIER ; *JCP N.*, n° 16-17, 2016, 1133, note H. HOVASSE ; *JCP N.*, n° 28, 2016, 1224, note T. DE RAVEL D'ESCLAPON ; *Dr. soc.*, n° 4, 2016, comm. 56, note H. HOVASSE ; *D.*, 2016, p. 372, obs. V. AVENA-ROBARDET), ou d'un contrat de prêt de nature spéculative (Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, n° 15-18.858 ; *CCC*, 2016, comm. 270, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *D. actu.*, 3 oct. 2016, obs. X. DELPECH ; *RD banc. fin.* 2016, comm. 236, obs. N. MATHEY ; *D.*, 2016, p. 1924 ; *D.*, 2017, p. 539, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJ Contrat*, 2016, p. 493, obs. V. LEGRAND).

¹⁷¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2018, n° 17-16.519 et n° 17-16.520 : *JurisData* n° 2018-009600 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 381, obs. Y. PICOD ; *CCC*, 2018, comm. 164, obs. S. BARNHEIM-DESVAUX.

¹⁷¹⁵ Il est nécessaire de constater la qualité de consommateur de l'emprunteur pour faire application du délai dérogatoire au droit commun.

par un banquier à un non consommateur est de cinq ans et non de deux ans. En l'occurrence, nombre de contractants, comme les personnes morales, se trouvent moins protégées que les consommateurs puisque les organismes prêteurs vont disposer d'un délai plus important pour agir à leur encontre. Si le petit professionnel semble exclu par principe de ce mécanisme lorsqu'il agit dans le cadre de son activité, il est légitime de s'interroger sur une extension éventuelle de la prescription dérogatoire du droit commun à d'autres contractants en situation de faiblesse.

Alors que l'application de l'article L. 218-2 du Code de la consommation ne peut vraisemblablement profiter ni au petit professionnel, ni même au non-professionnel, mais seulement au consommateur, la raison d'être du délai biennal qui vise à protéger les contractants en situation d'inégalité semble répondre en grande partie à la situation du petit professionnel, tout comme au demeurant à celle du non-professionnel¹⁷¹⁶. Loin de vouloir faire de ce dispositif « *un cheval de Troie* »¹⁷¹⁷, il semble cohérent d'adapter l'application des délais de prescription à la situation de chaque contractant comme le faisait au demeurant le Code civil avant la réforme du 17 juin 2008¹⁷¹⁸.

589. - **Synthèse.** Outre les difficultés pouvant résulter de l'articulation entre le droit spécial des contrats, en l'occurrence le droit issu du Code de la consommation, et le droit commun des contrats issu du Code civil, l'application de délais de prescription différents va engendrer des conséquences importantes pour le petit professionnel qui ne pourra pas profiter d'une prescription réduite, mais bien au contraire s'y trouver soumis. Ainsi donc et de manière légitimement paradoxale compte tenu de sa situation, le petit professionnel doit respecter un délai de prescription limité de deux ans lorsqu'il se trouve face à un consommateur, tandis qu'il est contraint en revanche d'être sous le coup du délai quinquennal de droit commun lorsqu'il se trouve, par exemple, face à son banquier non soumis au délai biennal.

¹⁷¹⁶ Sur les critiques émises relativement à l'application parfois incohérente de ces dispositions : F. JULIENNE, « Une prescription abrégée du droit de la consommation rationalisée ? », préc., spéc. n° 6 et s.

¹⁷¹⁷ Y. PICOD, « Prescription biennale et consommateur-emprunteur », *AJ Contrat*, 2018, p. 381, obs. préc. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2018, n° 17-16.519 et n° 17-16.520.

¹⁷¹⁸ L'argument tiré de l'existence de nombreuses dérogations ne semble pas d'ailleurs ici pertinent dès lors que le Code de la consommation crée lui-même de telles dérogations, que ce soit au regard du droit commun ou au sein même de sa réglementation en choisissant d'exclure notamment le non-professionnel. En outre, s'il est constant que le contentieux en la matière croît de manière importante, il n'est pas certain que la modulation des délais de prescription et la création de régimes dérogatoires soient les seuls à l'origine de ce phénomène puisqu'il existait déjà des litiges avant la réforme de 2008 et ils ont perduré malgré les simplifications apportées.

B. Un processus d'interprétation du contrat au détriment du petit professionnel

590. - **Généralités : lisibilité et clarté du contrat.** L'interprétation de la règle de droit a toujours été un sujet complexe et d'éminents auteurs ont cherché à se pencher sur la question¹⁷¹⁹. Elle peut parfois effrayer en ce qu'elle conduit le juge à appliquer la norme édictée dans un sens auquel personne n'avait, peut-être, initialement pensé¹⁷²⁰. Aussi, pour éviter les risques pouvant découler de l'interprétation du contrat, le législateur impose dans différents domaines des obligations pour prévenir toute complication. C'est ainsi qu'une obligation de clarté des clauses rédigées par le professionnel a été instaurée lorsqu'il contracte avec un consommateur. En ce sens et comme déjà précisé, l'article L. 211-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation dispose : « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». Une telle disposition permet donc de prévenir d'une certaine manière l'intervention du juge. Pour autant, cette démarche n'est pas suffisante, et c'est pourquoi des dispositifs particuliers d'interprétation du contenu contractuel ont été mis en place. Sans surprise, le petit professionnel n'apparaît pas vraiment dans la liste des bénéficiaires.

591. - **Interprétation défavorable du contrat pour le « petit professionnel-vendeur ».** Les dispositions de l'article 1602 du Code civil constituent un autre exemple évoquant des contraintes éprouvées par le petit professionnel. L'alinéa 2 de cet article prévoit, en effet, que « *Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* ». Bien entendu, ce dispositif n'a vocation à s'appliquer que de manière subsidiaire puisque si les intentions des parties sont claires, il n'y a pas lieu à l'évidence de le mettre en œuvre ni d'en tenir compte. En revanche, il est certain que l'objectif de ces dispositions est de protéger l'acheteur présumé ne pas être en mesure d'appréhender la chose vendue au même titre que celui qui décide de la vendre. Si cette démarche tendant à faire peser le risque sur le vendeur est légitime, elle impose un surcroît de vigilance pour le petit professionnel¹⁷²¹. En cas de doute, cette règle d'interprétation est défavorable au vendeur. En outre, lorsque celui-ci est un professionnel, comme c'est souvent le cas, ces dispositions connaissent une application toute

¹⁷¹⁹ V. par ex. : F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique*, préf. R. SALEILLES, 2^e éd., t. I et II, LGDJ, 1919.

¹⁷²⁰ En cela il arrive que la jurisprudence surprenne tant la doctrine que le législateur qui a construit le texte appliqué. Même si le juge peut se baser sur les travaux préparatoires de la loi afin d'en percevoir l'esprit, il ne parvient pas toujours à pénétrer l'intention du législateur lorsqu'il parcourt les discussions qui ont donné lieu à l'élaboration du texte final, ce qui peut amener à des décisions insolites.

¹⁷²¹ Vigilance dont il n'est pas toujours pourvu avec efficacité : v. *supra* n° 555 et s.

particulière puisque la jurisprudence va nécessairement faire preuve de plus de sévérité. Cette situation est corroborée par la réglementation issue du droit de la consommation.

592. - **Interprétation défavorable des clauses du contrat au petit professionnel dans les rapports de consommation.** Le renouvellement des règles relatives à l'interprétation des contrats s'est principalement basé sur « *la faveur accordée au consommateur contre le professionnel* »¹⁷²². De nouveau, il est donc possible de mettre en évidence les règles strictes auxquelles est soumis le petit professionnel en reprenant l'hypothèse de l'interprétation du contrat proposé par ce dernier à son cocontractant¹⁷²³. Les clauses du contrat conclu par un professionnel auprès d'un consommateur ou d'un non-professionnel « *s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur* »¹⁷²⁴. Cette interprétation *in favorem* s'impose au juge qui n'aura donc pas à rechercher le sens exact des clauses litigieuses¹⁷²⁵, mais simplement à sanctionner le professionnel en cas d'ambiguïté, étant rappelé que ce principe s'applique quel que soit le contrat de consommation. Le doute doit donc dans tous les cas profiter au consommateur et l'interprétation la plus favorable doit être retenue¹⁷²⁶.

Bien entendu, cela n'est pas sans conséquence pour le petit professionnel. Il a d'ailleurs été très justement relevé que ce mécanisme est « *d'une rigueur certaine pour les professionnels* » du fait notamment « *qu'il est difficile si ce n'est impossible de rédiger un contrat d'une limpidité sans faille* »¹⁷²⁷, qui plus est pour un petit professionnel qui ne dispose pas des services juridiques aussi importants que les autres. Par conséquent, si dans une certaine mesure, il est légitime qu'« *à la rupture d'égalité dans la rédaction du contrat de consommation répond la responsabilité du professionnel dans les conséquences de la rédaction défectueuse du contrat* »¹⁷²⁸, celle-ci devrait être pondérée en présence du petit professionnel. D'autant que le caractère automatique de l'interprétation favorable au

¹⁷²² L. GRYNBAUM, « De l'art de la mesure dans la protection du consentement », *RDC*, n° 3, 2007, p. 973.

¹⁷²³ Ce qui n'est pas sans rappeler l'esprit de la règle *contra proferentem* reprise à l'article 1190 du Code civil qui dispose : « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ». Comp. PDEC, art. 5 :103, qui prévoit la mise en œuvre de la règle *contra proferentem* aux contrats d'adhésion en disposant : « *Dans le doute, les clauses du contrat qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées* ».

¹⁷²⁴ C. consom., art. L. 211-1, al. 2.

¹⁷²⁵ Ni au demeurant la volonté précise des parties de laquelle il pourra alors s'émanciper.

¹⁷²⁶ Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juin 2011, n° 09-72.552 et n° 10-10.843 ; *Bull. civ. II*, n° 126 ; *D.*, 2011, p. 1612, obs. T. DE RAVEL D'ESCLAPON ; *Gaz. Pal.*, 2012, 286, obs. D. HOUTCIEFF ; *Defrénois*, 2011, 1485, obs. J.-B. SEUBE.

¹⁷²⁷ M. LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, 2006, p. 2848, spéc. n° 16.

¹⁷²⁸ M. LAMOUREUX, *ibid.*

consommateur n'est pas sans risques pour son cocontractant¹⁷²⁹ et engendre des conséquences importantes pour ce dernier en ce qu'il conduit d'une certaine façon à déterminer le contenu même du contrat¹⁷³⁰.

593. - **Synthèse.** L'interprétation des contrats pose bien souvent de réelles difficultés pour les parties. C'est pourquoi des dispositifs d'interprétation protecteurs des parties les plus faibles ont été mis en place. Comme beaucoup d'autres mécanismes, les règles relatives à l'interprétation se trouvent éparpillées dans différents codes. Cependant, qu'il s'agisse des dispositions du droit commun ou de celles spécifiques au droit de la consommation, elles pèsent de manière défavorable sur le petit professionnel.

III. Des sanctions lourdes à l'encontre du petit professionnel

594. - **Présentation et rôle de la sanction.** Réfléchir à la sanction et à ses rapports avec la règle de droit édictée n'est pas anodin, un tel débat présentant des enjeux essentiels¹⁷³¹. Est-il aujourd'hui concevable de prévoir une règle contraignante sans lui rattacher une sanction spécifique ? Une règle peut-elle d'ailleurs être contraignante si sa violation n'engendre aucune sanction ? Ces questions ont intéressé la doctrine¹⁷³² et continuent d'alimenter de nombreuses discussions¹⁷³³. La mise en place d'obligations et de devoirs particuliers à la charge d'un contractant amène inévitablement à accentuer la responsabilité de ce dernier. Afin d'octroyer une véritable portée aux dispositions mises en œuvre pour protéger une partie au contrat, il apparaît nécessaire de prévoir une sanction en cas d'inexécution. Celle-ci apparaît, en effet, comme une réelle garantie à l'effectivité de la

¹⁷²⁹ Caractère automatique de la sanction qui semble d'ailleurs correspondre « *au souci du législateur communautaire* », et qui doit tout de même être tempéré du moment que le juge est tenu malgré tout de vérifier en amont « *la nécessité d'interpréter la clause avant d'appliquer la sanction* » : L. GRYNBAUM, « De l'art de la mesure dans la protection du consentement », préc.

¹⁷³⁰ En matière de contrats d'assurance : D. NOGUERO, « La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation (1^{ère} partie) », *Gaz. Pal.*, n° 330, 26 nov. 2011, p. 6 ; du même auteur, « La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation (2^{nde} partie) », *Gaz. Pal.*, n° 98, 7 avr. 2012, p. 7.

¹⁷³¹ Pour une approche détaillée de ces rapports, v. not. : Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et s. Adde, Ph. MALAURIE, « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois*, n° 4, 28 févr. 2006, p. 316 et s.

¹⁷³² Sur l'idée de concevoir une règle de droit sans sanction et du caractère obligatoire de la règle de droit qui peut être effective sans contrainte : Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, p. 197. L'auteur conclut toutefois qu'« *il ne saurait exister de règle juridique sans tarif* » dès lors que le juge est là pour appliquer et dire le droit.

¹⁷³³ V. plus récemment : C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1, La sanction entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012.

règle de droit édictée. Bien entendu, le petit professionnel est ici le premier concerné en tant que débiteur d'obligations dont les manquements sont susceptibles d'être sanctionnés.

595. - **Prolifération des sanctions.** D'une manière générale, il a été constaté que « *le droit n'aura jamais connu autant de sanctions qu'à l'époque contemporaine* »¹⁷³⁴. Si toutes les législations sont concernées, l'alourdissement de la responsabilité des professionnels¹⁷³⁵ a conduit à cette prolifération et au renforcement des sanctions prononcées à leur encontre. Or, un tel phénomène est de nature à peser très lourdement sur le petit professionnel. En effet, la diversité des sanctions en droit de la consommation paraît bien plus large qu'en droit commun des contrats, celles-ci pouvant être de nature pénale, administrative ou civile. Afin de renforcer la protection des consommateurs, le législateur n'a pas hésité à multiplier les régimes et les sanctions applicables au détriment bien souvent du petit professionnel.

596. - **Plan.** Les sanctions pouvant être prononcées à l'encontre des professionnels qui ne respectent pas leurs obligations peuvent être particulièrement lourdes. Après une présentation *de lege lata* des sanctions (A), il sera intéressant d'étudier *de lege feranda* les tendances visant pour la majeure partie à leur renforcement (B).

A. Présentation des sanctions *de lege lata*

597. - **Plan.** Dresser un bilan des sanctions qui existent en droit positif nécessite de revenir brièvement sur leur pullulement (1) et d'appréhender par ailleurs les éventuels cumuls (2).

1. *Le pullulement des sanctions*

598. - **Généralités.** Les dispositifs de répression mis en place se multiplient, surtout à l'encontre des contractants professionnels. Qu'il s'agisse des sanctions issues du droit commun des contrats ou des sanctions établies par le droit spécial des contrats tel que le droit

¹⁷³⁴ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles », *CCC*, n° 1, janv. 2019, étude 1, spéc. n° 1.

¹⁷³⁵ Pour une vision globale sur la question : Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile professionnelle*, Economica, 1995.

de la consommation, il existe une kyrielle de sanctions. Non seulement le petit professionnel voit s'accroître les sanctions susceptibles d'être prononcées à son encontre, mais surtout il peut constater leur renforcement et leur intensification¹⁷³⁶, qu'il s'agisse des sanctions civiles classiques ou des modes de répression plus atypiques tels que les sanctions administratives et pénales.

599. - **Pullulement des sanctions civiles.** La diversité des sanctions civiles n'est plus à démontrer¹⁷³⁷. Aussi, le petit professionnel peut être sanctionné à ce titre soit par le recours au droit commun¹⁷³⁸, soit par les dispositifs consuméristes. Ces derniers, souvent plus sévères, sont intéressants car ils mettent en place des sanctions atypiques et adaptées à certains contrats spéciaux¹⁷³⁹. En contrepartie, la sanction des différentes obligations incombant au petit professionnel se trouve accentuée. Ainsi, l'inexécution de son obligation par le petit professionnel peut entraîner en fonction des hypothèses la nullité du contrat¹⁷⁴⁰ ou simplement de certaines clauses¹⁷⁴¹. S'agissant du non-respect du formalisme informatif, la nullité du contrat est une sanction très lourde pour le petit professionnel¹⁷⁴². En outre, la sanction de la violation du formalisme informatif a été longtemps discutée au regard des incohérences du système mis en place¹⁷⁴³. Désormais, le formalisme informatif étant « *érigé en condition de formation du contrat de consommation* »¹⁷⁴⁴, la nullité en cas de manquement peut, semble-t-il, être prononcée sur le fondement de l'article 1178 du Code civil¹⁷⁴⁵. Par ailleurs, si aucune

¹⁷³⁶ Sur ce phénomène : C. LARONDE-CLEREC, « Le renforcement de la répression », in *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, L. ARCELIN-LECUYER (dir.), PUR, 2015, p. 81 et s. Adde, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *RDC*, n° 3, 2014, p. 471.

¹⁷³⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », préc., spéc., n° 11 et s.

¹⁷³⁸ Le Code civil énumère désormais dans une section dédiée les sanctions relatives à l'inexécution du contrat : C. civ., Livre III, Titre III, sous-titre 1^{er}, Chapitre IV, Section 5.

¹⁷³⁹ C'est notamment le cas de la déchéance du droit aux intérêts en matière de crédit, notamment en l'absence de communication des informations précontractuelles par le prêteur dans les conditions requises (C. consom., art. L. 341-1).

¹⁷⁴⁰ Par ex., le contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale agressive est nul (C. consom., art. L. 132-10), ou encore le manquement aux dispositions prévues en matière de contrats conclus hors établissement est sanctionné par la nullité du contrat (C. consom., art. L. 242-1).

¹⁷⁴¹ Par ex., toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation en matière de contrats conclus à distance et hors établissement est nulle (C. consom., art. L. 242-3).

¹⁷⁴² V. *supra* n° 574 et s.

¹⁷⁴³ V. not. : A. LEPAGE, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, 2004, p. 609 et s.

¹⁷⁴⁴ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles », préc., spéc. n° 8.

¹⁷⁴⁵ Pour une approche en ce sens : S. BERNHEIM-DESVAUX, *ibid.* Rapp. O. DESHAYES, T. GENICON, et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, spéc. p. 364. L'analyse faite de l'article 1178 du Code civil par les auteurs semble, en effet, plaider en faveur de cette approche.

sanction civile n'est prévue par les textes en cas d'inobservation de l'obligation générale d'information précontractuelle, il n'est pas contestable que le défaut d'information, dont la sanction civile pose parfois difficulté¹⁷⁴⁶, peut entraîner la nullité du contrat en cause¹⁷⁴⁷. Cette analyse se justifie parfaitement puisque les dispositions relatives à l'obligation générale d'information sont d'ordre public¹⁷⁴⁸. Dans le cadre des sanctions affectant l'acte, une clause peut également être réputée non écrite¹⁷⁴⁹. À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer très récemment pour rappeler la distinction entre la demande visant à voir une clause réputée non écrite et une demande en nullité¹⁷⁵⁰. En tout état de cause, le consommateur pourra toujours solliciter la résolution du contrat pour inexécution en fonction notamment de la gravité de celle-ci¹⁷⁵¹, et il convient de constater que le législateur européen prévoit précisément la possibilité pour le consommateur d'obtenir la résolution du contrat en cas de défaut de conformité¹⁷⁵². Sur ce point, il est intéressant de relever que le projet de directive prévoyait la possibilité pour le consommateur de résilier le contrat par notification même en cas de défaut mineur¹⁷⁵³, ce qui est désormais expressément exclu par le texte retenu¹⁷⁵⁴. Cette modification est heureuse pour le petit professionnel car une telle solution aurait pu s'avérer dramatique pour son activité et l'équilibre de la relation.

¹⁷⁴⁶ Sur cette problématique : J. CALAIS-AULOY, « Les sanctions en droit de la consommation », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 75 et s.

¹⁷⁴⁷ Pour un exemple en matière de nullité du contrat de vente portant sur des éoliennes, un ballon d'eau chaude et un bloc thermodynamique : CA Amiens, 1^{ère} ch. civ., 11 déc. 2018, n° 17/00571, JurisData n° 2018-022572 ; CCC, n° 3, mars 2019, comm. 55, note S. BERNHEIM-DESVAUX.

¹⁷⁴⁸ C. conso., art. L. 111-8. En tout état de cause, le manquement à l'obligation précontractuelle d'information est bien souvent susceptible de vicier le consentement du consommateur de sorte qu'il est possible d'invoquer la nullité du contrat sur le fondement du droit commun pour réticence dolosive ou pour erreur sur les qualités substantielles, à condition bien entendu que le consommateur puisse justifier que son consentement a été vicié. La Cour de cassation a ainsi déjà pu estimer que la réticence dolosive n'était pas établie en l'absence d'information écrite délivrée par le professionnel au consommateur pour la souscription d'un contrat d'assurance-vie : Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-21.698.

¹⁷⁴⁹ C'est notamment le cas des clauses abusives (C. conso., art. L. 212-1). Cette sanction atypique fait l'objet de nombreux débats en doctrine, notamment quant à son autonomie ou non par rapport à une forme de nullité partielle. Pour une approche globale : S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006.

¹⁷⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : JurisData n° 2019-003724 ; CCC, n° 6, 2019, comm. 112, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; *RD banc. fin.*, n° 4, 2019, comm. 117, note T. SAMIN et S. TORCK ; *JCP E.*, 2019, 1425, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *D.*, 2019, p. 1033, note A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE ; *D.*, 2019, p. 1784, obs. S. VITSE ; *D.*, 2019, p. 2009, obs. D. R. MARTIN et H. SYNVEY ; *RTD civ.*, 2019, p. 334, obs. H. BARBIER ; *RTD com.*, 2019, p. 463 et 465, obs. D. LEGEAIS ; *RDC*, n° 3, 2019, p. 21, note S. PELLET ; *RDC*, n° 3, 2019, p. 23, note G. CATTALANO ; *Gaz. Pal.*, n° 31, 2019, p. 23, obs. D. HOUTCIEFF.

¹⁷⁵¹ Pour des développements détaillés sur cette sanction : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007.

¹⁷⁵² Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, *JOUE*, n° L 136/28 du 22 mai 2019, art. 13.

¹⁷⁵³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 31 oct. 2017 concernant certains aspects des contrats de vente de biens, COM(2017) 637 final, considérant 29.

¹⁷⁵⁴ Directive (UE) 2019/771, préc., art. 13, paragraphe 5.

Enfin, de manière classique et à côté des sanctions déjà énumérées, il est toujours possible d'engager la responsabilité civile du petit professionnel qui a causé un préjudice à son cocontractant, celle-ci pouvant être tantôt recherchée sur un fondement contractuel¹⁷⁵⁵, tantôt sur un fondement extracontractuel¹⁷⁵⁶. À cet égard, il y a lieu de relever les déséquilibres créés par la jurisprudence dans l'hypothèse où un tiers au contrat sera en mesure de se prévaloir d'un manquement contractuel pour engager la responsabilité délictuelle de l'un des contractants professionnels¹⁷⁵⁷. Plus précisément, il convient d'observer l'émergence d'une véritable responsabilité professionnelle autonome¹⁷⁵⁸ dont les particularités du régime seraient en partie justifiées par la position spécifique du professionnel¹⁷⁵⁹. Bien qu'« *il n'existe pas de principe général de responsabilité civile du fait de l'activité professionnelle* »¹⁷⁶⁰, le régime de l'obligation du professionnel tend à se spécifier avec l'aide de la jurisprudence¹⁷⁶¹.

600. - **Pullulement des sanctions pénales et administratives, et des amendes civiles.** La particularité du droit consumériste est de mettre en place une répression qui ne se limite pas aux sanctions civiles et qui, pour assurer une protection renforcée du consommateur ainsi que la régulation du marché, sera parfois d'ordre administrative ou pénale¹⁷⁶². Depuis la loi dite « Hamon » du 17 mars 2014, le législateur a très largement fait évoluer les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des professionnels, décidant d'aggraver les dispositifs de répression pénale et d'instaurer un régime de sanctions administratives strict¹⁷⁶³.

¹⁷⁵⁵ Lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une obligation issue du contrat, par ex., un défaut de délivrance.

¹⁷⁵⁶ C'est notamment le cas de la responsabilité encourue en cas d'inobservation de l'obligation d'information du droit commun (C. civ., art. 1112-1) dès lors que celle-ci s'exerce avant la formation du contrat.

¹⁷⁵⁷ En ce sens : Cass. ass. plé., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 ; *D.*, 2006, p. 2825, note G. VINEY ; *JCP*, 2006, II, 10181, note M. BILLIAU.

¹⁷⁵⁸ Sur laquelle, v. de manière non exhaustive : P. SERLOOTEN, « Vers une responsabilité professionnelle ? », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 805 ; Actes du colloque « La responsabilité professionnelle : une spécificité réelle ou apparente », *LPA*, n° 137, 11 juill. 2001 ; Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 489 et s.

¹⁷⁵⁹ Celui-ci apparaît ainsi mieux à même d'assumer les conséquences de ses fautes et bénéficie d'une image d'expert en son domaine.

¹⁷⁶⁰ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018/2019, n° 3124.27.

¹⁷⁶¹ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 3124.28 et s.

¹⁷⁶² Pour une approche générale sur le phénomène de pénalisation du droit contractuel, v. not. : E. RASCHEL, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, préf. R.-N. SCHÜTZ et M. DANTI-JUAN, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2014.

¹⁷⁶³ Sur cette évolution : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », préc., spéc., n° 2 et s., et n° 34 et s.

Le Code de la consommation met donc en place des sanctions pénales qui s'appliquent de manière indifférente à tous les professionnels¹⁷⁶⁴. Sans reprendre de manière exhaustive l'ensemble des domaines où la réglementation consumériste énonce des sanctions pénales, il est possible de relever que de manière assez légitime le professionnel encourt une peine d'emprisonnement et une amende en cas de pratiques commerciales agressives¹⁷⁶⁵ ou d'abus de faiblesse¹⁷⁶⁶. Plus sévères paraissent en revanche les sanctions pénales relatives aux manquements des dispositions propres aux contrats conclus à distance et hors établissement¹⁷⁶⁷, tout particulièrement celles envisagées en cas de demande ou d'obtention d'un paiement ou bien d'une contrepartie avant l'expiration du délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat¹⁷⁶⁸. Il est aisé d'imaginer que le petit professionnel, qui ne serait pas au fait de cette réglementation ou qui ferait face à un client peu regardant, réclame ou tout simplement obtienne de manière tout à fait naturelle un paiement avant le délai fixé¹⁷⁶⁹.

Bien loin de s'en tenir à ces sanctions, le législateur a également prévu des amendes administratives, notamment en cas de manquement à l'obligation générale d'information précontractuelle¹⁷⁷⁰. Alors qu'il a déjà été vu toutes les contraintes qu'une telle obligation engendre pour un petit professionnel, celui-ci peut, en outre, être passible d'une amende prononcée par la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF)¹⁷⁷¹. À cet égard, la proximité de ce dispositif avec les sanctions pénales précitées est ténue et leur rapprochement a, en ce sens, été mis en évidence pour en faire la critique¹⁷⁷². Surtout, il y a lieu de constater que ce phénomène n'est pas propre au

¹⁷⁶⁴ Il est d'ailleurs possible de se demander avec le Professeur SAUPHANOR-BROUILLAUD, si le droit de la consommation a bien toujours vocation à sanctionner le professionnel de la sorte : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *ibid.* L'auteur met ainsi en garde contre les sanctions pénales excessives du fait qu'un tel système n'est pas « *l'apanage du droit de la consommation* », spéc. n° 6.

¹⁷⁶⁵ C. consom., art. L. 132-11, qui prévoit une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 300.000,00 euros, celle-ci pouvant également être portée aux avantages tirés du délit ou sur le chiffre d'affaires.

¹⁷⁶⁶ C. consom., art. L. 132-14, qui prévoit une peine d'emprisonnement de trois ans et une amende de 375.000,00 euros, celle-ci pouvant également être portée aux avantages tirés du délit ou sur le chiffre d'affaires.

¹⁷⁶⁷ Ainsi, le professionnel encourt une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 150.000,00 euros si le contrat n'est pas remis ou s'il n'est pas conforme aux dispositions prévues (C. consom., art. L. 242-5), ou en l'absence de formulaire de rétractation détachable conforme (C. consom., art. L. 242-6). À cela s'ajoute l'éventualité pour le professionnel de ne plus pouvoir exercer son activité (C. consom., art. L. 242-8).

¹⁷⁶⁸ C. consom., art. L. 242-7.

¹⁷⁶⁹ Pour exemple, alors qu'il est en toute logique interdit à un démarcheur de percevoir un versement pendant le délai légal de rétractation, il est possible d'estimer que si néanmoins le consommateur verse une somme, sans que le professionnel ne l'ait forcément réclamée, ce dernier se verra tout de même assujéti à une sanction pénale, ainsi qu'à la nullité du contrat.

¹⁷⁷⁰ C. consom., art. L. 131-1 et s.

¹⁷⁷¹ Étant à l'inverse rappelé qu'aucune sanction civile n'est clairement envisagée pour réprimer de tels manquements.

¹⁷⁷² S. DETRAZ, « Les pouvoirs de l'Administration chargée de la concurrence et de la consommation et les sanctions », *LPA*, n° 128, 27 juin 2014, p. 22 et s. L'auteur souligne ainsi que « *la loi du 17 mars 2014 utilise deux techniques de pénalisation au renfort de ses règles : la répression pénale et la répression administrative* ».

droit de la consommation quand ce dispositif existe également dans les relations de droit de la concurrence¹⁷⁷³. C'est ainsi qu'en matière de distribution un système d'amendes civiles existe par ailleurs pour sanctionner les abus mais uniquement à l'initiative du Ministre chargé de l'économie ou du ministère public¹⁷⁷⁴. Il convient de relever le caractère punitif reconnu à cette sanction compte tenu du respect constaté des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 et du principe de légalité des délits et des peines par le législateur¹⁷⁷⁵.

Ce troisième degré de sanction rend malgré tout le droit de la consommation encore plus atypique et doit permettre d'assurer une meilleure protection du consommateur¹⁷⁷⁶, alors même qu'il n'est pas exclu que ces sanctions s'articulent et se cumulent entre elles, et avec celles du droit commun des contrats.

2. *Le cumul des sanctions ?*

601. - **Explications.** Outre le pullulement des sanctions, un autre phénomène doit être mis en évidence, celui du cumul de ces sanctions particulièrement entre le droit commun et les droits spéciaux. L'un des principaux intérêts résulte notamment du fait que l'inobservation de certaines obligations par le professionnel n'est pas réprimée par des sanctions civiles au niveau du droit de la consommation. Il arrive parfois qu'aucune sanction n'ait été prévue en cas de manquement à certaines obligations spéciales. Se pose alors la question du recours au droit commun¹⁷⁷⁷ : est-il toujours pertinent ? Est-il toujours efficace ? En tout état de cause, il apparaît envisageable¹⁷⁷⁸, même si des doutes subsistent¹⁷⁷⁹. Ainsi, le consommateur pourrait

¹⁷⁷³ Sur lesquelles, v. not. : J.-Ch. GRALL et T. BUSSONNIERE, « Les sanctions administratives en droit de la transparence tarifaire et des pratiques restrictives de concurrence : premier bilan et perspectives », *RLC*, n° 53, sept. 2016, p. 37 et s. ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 7^e éd., 2017, n° 694.

¹⁷⁷⁴ C. com., art. L. 442-4, I, al. 3 qui prévoit que le montant de l'amende ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants : cinq millions d'euros, le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus, 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos.

¹⁷⁷⁵ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *D.*, 2011, p. 415, note Y. PICOD ; *AJ Pénal*, 2011, p. 191, obs. J.-B. PERRIER ; *RTD civ.*, 2011, p. 212, obs. B. FAGES ; *JCP E.*, 2011, 1136, note D. MAINGUY ; *Concurrences*, n° 1-2011, p. 131, obs. J.-L. FOURGOUX ; *RLC*, 2011, n° 27, p. 41, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

¹⁷⁷⁶ Bien que cela rajoute encore au régime déjà très alourdi du petit professionnel.

¹⁷⁷⁷ À ce titre, il convient de garder à l'esprit que « le droit commun est irréductible et s'institue dans tous les interstices » : Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 14, p. 504.

¹⁷⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2017, n° 16-14.157 ; *D.*, 2018, pan., p. 583, obs. H. AUBRY ; *CCC*, n° 5, 2017, comm. 94, note L. LEVENEUR ; *Constr.-Urb.*, n° 5, 2017, comm. 71, note D. SIZAIRE ; *RDC*, n° 3, 2017, p. 502, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD. S'agissant en l'espèce d'un consommateur qui a invoqué les sanctions du droit commun des contrats en raison d'un défaut de livraison d'un bien.

aussi bien recourir aux dispositions du droit commun, comme à celles du droit de la consommation¹⁷⁸⁰.

602. - **Hypothèse du manquement à l'obligation d'information : diversité des sanctions.** Le cas de l'inexécution de l'obligation d'information est intéressante en ce qu'elle recoupe une multitude de situations. Il a été précédemment relevé que le manquement à l'obligation générale d'information précontractuelle n'était pas sanctionné civilement par les textes du droit de la consommation. Si la jurisprudence, notamment les juges du fond, semblent ouverts au prononcé de la nullité du contrat en cas d'inobservation, il est également possible de prévoir le recours au droit commun des contrats en la matière. Depuis la réforme du droit des contrats, il est en effet prévu que le non-respect de l'obligation précontractuelle de droit commun est susceptible de conduire à la fois à la nullité du contrat et au versement de dommages-intérêt¹⁷⁸¹. Il s'agit d'une forme de « délégation », en l'occurrence heureuse pour le consommateur, de la sanction au droit commun¹⁷⁸². En revanche, elle fait encourir plus de risques pour le petit professionnel qui pourra voir les sanctions prononcées à son encontre se multiplier¹⁷⁸³.

603. - **Critique.** En faisant proliférer et se cumuler les sanctions, des risques évidents sont pris. Cette démarche peut effectivement entraîner des incohérences, un manque de lisibilité et une forme de hiérarchie entre les sanctions. Par exemple, la sanction associée au manquement à une obligation d'information est susceptible de varier en fonction de l'obligation concernée, que ce soit en droit commun ou en droit de la consommation. En outre, le manquement à certaines autres obligations est parfois sanctionné de manière plus spécifique. Il est ainsi possible d'identifier des cas particuliers où une sanction déterminée est

¹⁷⁷⁹ Il a ainsi été relevé que « la hiérarchie des remèdes du Code de la consommation et la présentation non hiérarchisée des sanctions de l'article 1217 du Code civil étant incompatibles, il est impossible de les appliquer cumulativement », S. BERNHEIM-DESVAUX, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles », préc., spéc. n° 11.

¹⁷⁸⁰ Sur la question de leur articulation et de ses limites : S. BERNHEIM-DESVAUX, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles », préc., spéc. n° 6 et s. *Adde*, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Protection du consommateur et sanctions du droit commun des contrats », *RDC*, n° 3, 2017, p. 502, spéc. n° 3, note préc. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2017, n° 16-14.157.

¹⁷⁸¹ C. civ., art. 1112-1, al. 6. L'insertion d'une obligation d'information autonome dans le Code civil a conduit nécessairement à la mise en place d'un régime de sanctions dont peut bénéficier tout contractant.

¹⁷⁸² L'expression est empruntée à Madame BERNHEIM-DESVAUX : S. BERNHEIM-DESVAUX, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles », préc., spéc. n° 8.

¹⁷⁸³ Il convient, en effet, de rappeler que le manquement à l'obligation générale d'information précontractuelle est déjà sanctionné par le droit de la consommation par une amende administrative (C. consom., art. L. 131-1).

prévue comme pour l'hypothèse de la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur dans le cadre de prêts à la consommation ou de prêts immobiliers. Dans ce cas, la question du cumul de cette sanction avec d'autres ne semble pas toujours pertinente, bien qu'elle réponde de manière adaptée au non-respect de l'obligation sanctionnée.

604. - **Transition.** Le constat est particulièrement préoccupant pour le petit professionnel qui est soumis à une multitude de sanctions. Encore plus inquiétant : il semblerait que le développement de ces dispositifs soit toujours en marche.

B. Vers un renforcement des sanctions *de lege feranda* ?

605. - **Explications.** De toute évidence, la place de la sanction au sein du droit de la consommation est « *plus intense que les autres disciplines juridiques* »¹⁷⁸⁴. Alors que les dispositifs répressifs prévus à l'encontre des professionnels font l'objet d'un durcissement permanent¹⁷⁸⁵, il n'est pas exclu qu'ils puissent être soumis à des resserrements encore plus importants. Il convient alors de s'interroger sur les évolutions envisageables en la matière.

606. - **Une volonté doctrinale.** Des auteurs plaident, en effet, pour un renforcement de certaines sanctions en droit de la consommation¹⁷⁸⁶. Après l'aggravation des sanctions pénales¹⁷⁸⁷, l'apparition et l'alourdissement des sanctions répressives par le biais des amendes administratives¹⁷⁸⁸, ce sont désormais les sanctions civiles qui semblent attirer toute l'attention. Ainsi, est désormais préconisée « *l'insertion dans le Code de la consommation d'un texte prévoyant la sanction civile de la nullité du contrat pour défaut d'information*

¹⁷⁸⁴ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 2 : Approche prospective des sanctions civiles », CCC, n° 2, févr. 2019, étude 2, spéc. n° 3.

¹⁷⁸⁵ La loi dite « Hamon » n° 2014-344 du 17 mars 2014 en est une illustration avec l'apparition des sanctions administratives prononcée par la DGCCRF.

¹⁷⁸⁶ En ce sens, S. BERNHEIM-DESVAUX, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles », art. préc. ; et du même auteur, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 2 : Approche prospective des sanctions civiles », CCC, n° 2, févr. 2019, étude 2.

¹⁷⁸⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », art. préc.

¹⁷⁸⁸ Pour rappel, l'article L. 131-1 du Code de la consommation prévoit qu'un manquement à l'obligation d'information précontractuelle peut entraîner la condamnation du professionnel concerné à une amende administrative dont le montant est susceptible de varier jusqu'à 3.000,00 euros pour une personne physique et jusqu'à 15.000,00 euros pour une personne morale.

précontractuelle sur les caractéristiques essentielles »¹⁷⁸⁹. Si une telle approche n'est pas nécessairement de nature à peser sur le petit professionnel¹⁷⁹⁰, elle témoigne tout de même du besoin ressenti par les droits spéciaux de maîtriser l'ensemble du processus et de proposer un régime plus strict sur tous les plans.

607. - **Absence de réciprocité.** Dans les rapports de consommation, les professionnels sont soumis, de manière souvent légitime¹⁷⁹¹, à un supplément d'obligations, ce en faveur de la protection du consommateur. En raison de sa prétendue supériorité, le petit professionnel est lui aussi tenu de respecter les législations imposant de nombreuses obligations comme en matière de clauses abusives¹⁷⁹². La qualification de professionnel¹⁷⁹³ engendre ainsi des conséquences particulièrement lourdes et importantes puisque dans cette situation, le contractant se retrouve débiteur principal d'obligations et de devoirs véritablement contraignants. Ces exigences apparaissent souvent à « sens unique » dès lors qu'elles sont accentuées à la charge du professionnel. Il est pourtant opportun de moraliser les relations contractuelles en présence d'un petit professionnel afin d'apporter plus de justice et d'équilibre. À cet égard, le partenaire du professionnel peut parfois se montrer de mauvaise foi¹⁷⁹⁴ et les incidences, lorsqu'il s'agit d'un petit professionnel, peuvent avoir un impact important¹⁷⁹⁵.

Bien plus, le petit professionnel se trouve exposé aux mêmes sanctions que les autres professionnels sans qu'aucune distinction ne soit opérée. Compte tenu de sa position particulière, une telle démarche lui fait nécessairement subir des risques et des effets plus préjudiciables inversement proportionnels à sa petite taille¹⁷⁹⁶. Les conséquences néfastes engendrées par certaines sanctions prennent alors une ampleur plus importante¹⁷⁹⁷. Cette

¹⁷⁸⁹ S. BERNHEIN-DESVAUX, « Nullité du contrat pour défaut d'information précontractuelle », CCC, n° 3, 2019, comm. 55, note sous CA Amiens, 1^{ère} ch. civ., 11 déc. 2018, n° 17/00571 : JurisData n° 2018-022572.

¹⁷⁹⁰ Le droit commun permet, en effet, d'envisager une telle sanction.

¹⁷⁹¹ Cette situation résulte de la position générale de faiblesse avérée du consommateur, même si elle est parfois contestée : v. not. J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s.

¹⁷⁹² C. consom., L. 212-1 et s. Sans procéder ici au développement de cette législation, il est à remarquer qu'elle est particulièrement dense et lourde pour l'ensemble des professionnels.

¹⁷⁹³ V. *supra* n° 87 et s.

¹⁷⁹⁴ S'agissant du consommateur, v. par ex. : Ph. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement » *Droit et Patrimoine*, mai 1998, p. 78.

¹⁷⁹⁵ En ce sens, il a été relevé que « la loi donne parfois au consommateur, en le surprotégeant, les moyens de ne pas être loyal vis-à-vis du professionnel » : A. OUTIN-ADAM, « La loyauté dans le droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2000, n° 340, p. 36.

¹⁷⁹⁶ Plus la taille du contractant est petite, plus les sanctions sont lourdes pour lui.

¹⁷⁹⁷ Il convient notamment de penser ici aux dispositifs de répressions pénales et administratives, et également aux hypothèses du cumul de certaines sanctions.

sévérité apparaît incontestablement excessive dans sa situation, ce d'autant qu'il n'est pas évident que la sanction appliquée apporte un réel bénéfice à la partie faible jusque-là reconnue, en l'occurrence le consommateur¹⁷⁹⁸.

608. - **Conclusion de la Section II.** À côté des nombreuses obligations pesant sur le petit professionnel, il ressort de l'analyse que celui-ci est également soumis au même régime strict que les autres professionnels. Cette absence de distinction amène alors à s'interroger sur la légitimité d'une telle situation dès lors que la présomption de supériorité du petit professionnel a été remise en cause et qu'à l'inverse, sa position inférieure est de nature à caractériser une nécessaire adaptation de l'ensemble de ces dispositions.

609. - **Conclusion du Chapitre I.** Si à l'évidence les obligations mises à la charge des professionnels et les régimes en découlant apparaissent dans une certaine mesure légitimes et justifiés, le discours ne peut plus être le même lorsqu'il s'agit de traiter du petit professionnel. D'une « mise sous tutelle » du contractant à partir d'une présomption irréfragable de faiblesse en droit de la consommation à une présomption simple en droit commun, les professionnels apparaissent toujours sous le « feu des projecteurs »¹⁷⁹⁹. Or, il ne faut pas oublier que le petit professionnel se trouve parmi eux. C'est pourquoi, il convient désormais de s'intéresser à l'allègement des charges pesant sur lui.

¹⁷⁹⁸ Par ex., il n'est pas exclu que l'annulation d'un contrat en cas d'inobservation de certaines formalités par le petit professionnel soit aussi préjudiciable pour le consommateur qui peut avoir un intérêt au maintien de la relation contractuelle. Cette hypothèse est aisément concevable dans les rapports de consommation où bien souvent l'acte est souscrit pour un besoin essentiel, voire vital. Or, en cas d'action, le consommateur prend le risque de voir la nullité du contrat prononcée avec effet rétroactif.

¹⁷⁹⁹ En effet, tandis que « *le consommateur acquiert des droits toujours plus nombreux* » (S. BERNHEIM-DESSAUX, « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 2 : Approche prospective des sanctions civiles », préc., spéc. n° 3), par opposition, le petit professionnel bénéficie d'obligations toujours plus contraignantes.

CHAPITRE II :

L'allègement des exigences pesant sur le petit professionnel

610. - **Présentation.** Le véritable foisonnement des obligations d'ordre juridique pesant sur le petit professionnel qui, en plus de disposer de faibles moyens n'est pas, en règle générale, un expert du droit, semble relever d'un certain abus¹⁸⁰⁰. Cette remarque conforte dans l'idée que le débiteur de cet ensemble d'obligations, en l'occurrence le petit professionnel, est sans aucun doute soumis à un surplus de charges¹⁸⁰¹, particulièrement lorsque sa situation ne permet pas d'exécuter celles-ci dans de bonnes conditions. À cet égard, il a été relevé « *qu'un certain nombre de professionnels ont désormais le devoir de contribuer à la diffusion du droit, voire d'instruire leur contractant* »¹⁸⁰². Le professionnel aurait-il vocation à remplacer le législateur et les pouvoirs publics dans cette mission de diffusion de la norme juridique¹⁸⁰³. Sans totalement remettre en cause la nécessité d'accompagner certaines personnes dans leurs relations contractuelles, il est primordial de réfléchir à un modèle peut-être plus adapté, plus souple, et plus juste en la matière¹⁸⁰⁴.

611. - **Démarche.** Lors des différentes étapes du contrat, le petit professionnel se trouve donc soumis à des obligations qu'il ne peut objectivement remplir avec la même aisance, la même facilité que les autres professionnels. En raison de ses capacités plus modestes, mais aussi des moyens mis à sa disposition, il ne peut prétendre assurer leur

¹⁸⁰⁰ V. not., G. DURRY, *RTD civ.*, 1973, p. 360, où l'auteur mettait déjà en évidence « *les obligations de donner des conseils juridiques pesant sur certains professionnels qui ne sont pas, à titre principal, des spécialistes du droit* ».

¹⁸⁰¹ En ce sens, il a été constaté que certaines obligations pesant sur les professionnels ont été détachées de toute analyse contractuelle, pour être parfois rattachées à la responsabilité délictuelle (obligation de sécurité, obligation de vigilance, etc).

¹⁸⁰² N. MOLFESSIS, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 927, spéc. n° 33, p. 952.

¹⁸⁰³ Ainsi, « *le législateur délègue à des professionnels la mission de faire connaître à leurs contractants des règles publiques* », N. MOLFESSIS, *ibid.*

¹⁸⁰⁴ V. par ex., Ph. LE TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.*, 1987, chron., p. 101.

exercice sans se mettre lui-même en difficulté. Cependant, les exigences d'équilibre et le besoin de justice contractuelle justifient que les obligations classiquement mises à la charge du professionnel soient aménagées dans la situation du petit professionnel. Cela implique la prise en compte de la taille du professionnel dans la mise en œuvre et dans l'exercice de ses devoirs ainsi que de sa responsabilité.

Penser à un allègement des obligations et à leur rééquilibrage pour le petit professionnel apparaît pertinent puisque les exigences légales ne prennent pas en considération sa situation spécifique et font peser sur lui de trop lourds impératifs.

612. - **Plan.** Après avoir observé les insuffisances relatives à l'allègement général des obligations pour tous les professionnels (Section I), une réflexion autour de l'adaptation de celles-ci à la situation du petit professionnel s'impose (Section II).

Section I : Un allègement des obligations inadapté au petit professionnel

613. - **Explications et plan.** Modérer les contraintes pesant sur le petit professionnel est nécessaire pour le protéger. À plusieurs reprises, la jurisprudence et le législateur sont intervenus pour procéder à une protection du professionnel afin d'assouplir les charges pesant sur celui-ci. Pour autant, que ce soit dans le cadre d'interventions spécifiques très précises et circonstanciées (I), ou par le recours au droit commun (II), une forme d'incohérence se dégage et des interrogations, voire des inquiétudes pour le petit professionnel apparaissent.

I. Des allègements spécifiques limités : une protection désordonnée

614. - **Présentation et difficultés : multiplicité des régimes dérogatoires de responsabilité des professionnels.** Il existe de nombreux régimes de la responsabilité des professionnels dans différents domaines¹⁸⁰⁵, et des tentatives d'allègement de responsabilité

¹⁸⁰⁵ Comme le soulignent Messieurs les Professeurs LE TOURNEAU et JULIEN : « *L'évolution de la société et de ses activités, de plus en plus spécialisées, révèle au grand jour le fossé qui peut exister entre une règle de responsabilité, issue du droit commun, et un champ d'activités à la fois toujours plus vaste et plus spécifique* », Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 489 et s., spéc. n° 1, p. 490. Les auteurs mettent également en évidence « *que la responsabilité de tel ou tel professionnel présente des spécificités, cela n'est pas niable* », spéc. n° 8, p. 499. Dès lors, pourquoi ne pas tenir compte, entres autres, des spécificités du petit professionnel ?

ont pu être envisagées dans chacun d'eux. L'émergence de régimes de responsabilités professionnelles spécifiques a connu un essor particulier dès la seconde moitié du XX^e siècle¹⁸⁰⁶. S'il n'est pas question de revenir ici sur l'ensemble de ces systèmes dérogatoires, il est intéressant d'appréhender ceux susceptibles de contribuer à la protection et donc de correspondre à la situation du petit professionnel, cela afin d'établir si cette approche est pertinente pour celui-ci.

615. - **Allègement de la responsabilité des professionnels en fonction de leurs secteurs d'activités.** Quelle que soit leur taille, les acteurs économiques ne sont pas à l'abri de commettre des fautes, le droit de la concurrence déloyale et le parasitisme en sont des illustrations évidentes¹⁸⁰⁷. S'il est légitime de sanctionner les comportements contraires à la loyauté ou plus simplement fautifs, des interventions ont été nécessaires pour alléger la responsabilité de certains professionnels¹⁸⁰⁸. Pour ce faire, le législateur est directement intervenu selon les domaines d'activité de ces professionnels pour mettre en place des régimes de responsabilités spéciaux.

616. - **Allègement de la responsabilité des médecins.** Le médecin n'est certes pas le standard du petit professionnel, mais il représente tout de même un professionnel dont l'étude de la responsabilité peut être expliquée ou remise en cause. Cette analyse est en outre susceptible d'éclairer voire d'inspirer la situation du petit professionnel¹⁸⁰⁹. Après avoir longtemps utilisé un fondement délictuel en matière médicale¹⁸¹⁰, la jurisprudence a décidé de lui substituer un fondement contractuel et de baser la responsabilité du médecin sur la base du contrat formé entre lui et son patient. C'est le célèbre arrêt dit « Mercier » du 20 mai 1936 qui est venu poser cette solution en fondant la responsabilité du médecin sur la violation d'une

¹⁸⁰⁶ Pour une approche détaillée, v. not. : D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. BOUCOBZA, Fondation Varenne Collection de thèses, 2011, spéc. n° 493 et s., p. 322 et s.

¹⁸⁰⁷ V. par ex. : F. POLLAUD-DULIAN, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.*, 1997, p. 349. Plus largement sur l'action en agissements parasitaires : Ph. LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, éd. Litec, 1998.

¹⁸⁰⁸ À titre illustratif, la mise en œuvre de la responsabilité du banquier en cas de procédure collective demeure exceptionnelle en application de l'article L. 650-1 du Code de commerce.

¹⁸⁰⁹ Sans comparer l'incomparable, il y a lieu de relever que si la jurisprudence en matière de responsabilité médicale s'est en grande partie développée dans l'optique d'indemnisation des victimes, avec notamment la création de fonds de garantie, elle a également pour but d'alléger d'une certaine manière la responsabilité des praticiens en tenant compte de leur compétence en dépit des erreurs commises et ce afin qu'ils puissent poursuivre l'exercice de leur activité et continuer à rendre service. À partir de là, dans la même démarche, des pistes sont offertes pour le petit professionnel dont les erreurs peuvent être, par exemple, appréciées de manière plus souple et plus compréhensive en raison de son statut et de la nécessité de son activité.

¹⁸¹⁰ Cass. req., 18 juin 1835 ; *DP*, 1835, I, p. 300, concl. DUPIN ; *S.*, 1835, 1, p. 401. S'agissant de l'application des dispositions des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil à un médecin ayant commis une faute dans l'exercice de sa profession.

obligation contractuelle¹⁸¹¹. Par la loi du 4 mars 2002¹⁸¹², le législateur a unifié le régime propre de la responsabilité médicale¹⁸¹³, tout en allégeant d'une certaine manière la responsabilité des praticiens. Ainsi, cette loi a opéré une distinction entre les dommages qui sont susceptibles de relever d'une faute du professionnel de santé¹⁸¹⁴, et ceux qui ne permettent pas d'engager la responsabilité des médecins en cause en ce qu'ils relèvent de la solidarité nationale¹⁸¹⁵. La jurisprudence applique de manière stricte cette dichotomie dès lors que la faute du médecin va exclure toute indemnisation par la solidarité nationale¹⁸¹⁶. Pour autant, cette législation permet d'entrevoir un véritable allègement de la responsabilité du praticien en l'absence de faute médicale. Le régime ainsi adopté apparaît, en effet, plus favorable aux professionnels de santé que les jurisprudences fluctuantes en la matière.

617. - **Allègement de la responsabilité en matière de transport et de voyages.** Il existe une grande diversité de contrats relatifs aux transports et aux voyages¹⁸¹⁷, de sorte qu'il n'est pas question ici d'embrasser toutes les particularités de la matière. Surtout influencé par le droit de l'Union européenne¹⁸¹⁸, le droit des transports a vocation, notamment, à protéger les passagers, ou à assurer la bonne délivrance des marchandises. En effet, le prestataire du contrat de transport est tenu de déplacer une personne ou une marchandise d'un point à un autre en utilisant un moyen de locomotion déterminé¹⁸¹⁹. Du moment que ce prestataire va avoir la maîtrise de l'opération envisagée, il pèse sur lui une responsabilité importante. Si en théorie il existe des causes d'exonération de la responsabilité du transporteur¹⁸²⁰, il ressort de l'analyse globale de la jurisprudence jusqu'alors admise que le professionnel aura bien

¹⁸¹¹ Cass. civ., 20 mai 1936 ; *DP*, 1936, I, p. 88, rapp. L. JOSSERAND, concl. MATTER, note E. PILON ; *S.*, 1937, I, p. 321, note A. BRETON ; *RTD civ.*, 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE ; *Gaz. Pal.*, 1936, 2, 41 ; *GAJC*, 12^e éd., n° 162-163.

¹⁸¹² L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF* du 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁸¹³ Véritable « régime autonome et uniforme de « responsabilité médicale « légale » » selon le Professeur REMY : Ph. REMY, *RGDA*, 2003, p. 96, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2002, n° 00-22.432.

¹⁸¹⁴ CSP, art. L. 1142-1, I.

¹⁸¹⁵ C'est le rôle de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) qui a été spécialement créé pour réparer les préjudices dus à des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, ce en l'absence de faute médicale et en présence d'un aléa thérapeutique (CSP, art. L. 1142-1, II).

¹⁸¹⁶ *V.* par ex., Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2016, n° 15-20.611.

¹⁸¹⁷ Qu'il s'agisse des contrats de transport de personnes, de bagages ou de marchandises, il y a lieu de distinguer les régimes propres au transport maritime, au transport aérien ou encore au transport ferroviaire.

¹⁸¹⁸ En ce sens, I. BON-GARCIN, « Comparaison entre les droits des passagers européens selon le mode de transport utilisé », *RD transp.*, 2011, Étude 12.

¹⁸¹⁹ L'objectif étant que cette personne et/ou cette marchandise arrivent dans les meilleures conditions au lieu convenu.

¹⁸²⁰ Par ex., en cas de circonstances imprévisibles, irrésistibles et extérieures relevant de la force majeure, ou bien dans certains cas en raison de la faute de la victime, voire du fait d'un tiers.

souvent du mal à dégager sa responsabilité¹⁸²¹. Il y a toutefois lieu de relever le récent revirement de jurisprudence s'agissant de l'exonération du transporteur ferrovière en cas de faute de la victime¹⁸²². La Cour de cassation a ainsi jugé dans cet arrêt que « *le transporteur ferroviaire peut s'exonérer de sa responsabilité envers le voyageur lorsque l'accident est dû à une faute de celui-ci, sans préjudice de l'application du droit national en ce qu'il accorde une indemnisation plus favorable des chefs de préjudices subis par la victime* ». L'influence de l'Union européenne apparaît une nouvelle fois puisque la solution entreprise se fonde directement sur le règlement européen du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires entré en vigueur le 3 décembre 2009¹⁸²³. En cela, il peut être regrettable que l'application du droit européen engendre un recul des droits du voyageur victime au profit d'une éventuelle exonération partielle de responsabilité du transporteur dont l'obligation de sécurité de résultat semble désormais remise en cause¹⁸²⁴.

Pour illustrer l'existence d'un allègement de responsabilité en matière de contrats de transport et de voyage, il est également possible d'évoquer le cas des agents de voyage. La loi du 22 juillet 2009¹⁸²⁵ a incontestablement conduit à un allègement de la responsabilité des agents de voyage¹⁸²⁶, même si des modifications ont depuis lors eu lieu¹⁸²⁷.

¹⁸²¹ Ainsi, le transporteur ferroviaire étant tenu à une obligation de sécurité de résultat envers les voyageurs, il était de jurisprudence constante que la faute d'imprudence de la victime, qu'elle qu'en soit la gravité, ne permettait pas de l'exonérer de sa responsabilité contractuelle, sauf cas de force majeure : Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, n° 05-12.551 ; *Bull. civ. I*, n° 76 ; *JCP G.*, 2008, 186, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.*, 2008, p. 312, obs. P. JOURDAIN ; *D.*, 2008, p. 1582, note G. VINEY ; *D.*, 2008, édito, F. ROME ; *D.*, 2008, p. 2363, chron. P. CHAUVIN et C. CRETON ; *D.*, 2008, p. 2894, obs. P. BRUN et P. JOURDAIN ; *D.*, 2009, p. 972, obs. H. KENFACK ; *RTD com.*, 2008, p. 843, obs. B. BOULOC ; dans le même sens : Cass. ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 ; *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *D.*, 2008, p. 3079, obs. I. GALLMEISTER ; *D.*, 2009, p. 461, note G. VINEY ; *D.*, 2009, p. 972, obs. H. KENFACK ; *D.*, 2010, p. 49, obs. P. BRUN et O. GOUT ; *D.*, 2010, p. 224, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2009, p. 129, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.*, 2009, p. 434, obs. B. BOULOC. Témoignant de la sévérité de la jurisprudence : Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997, n° 95-19.136 ; *Bull. civ. I*, n° 288 ; *D.*, 1997, p. 247 ; *RTD civ.*, 1998, p. 121, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.*, 1998, p. 410, obs. B. BOULOC. S'agissant, en l'espèce, d'une personne qui a chuté à la suite de l'ouverture de la portière d'un train, seule la faute exclusive de la victime aurait pu exonérer totalement le transporteur qui pouvait prévoir en l'occurrence un système approprié pour interdire l'ouverture des portières.

¹⁸²² Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2019, n° 18-13.840 ; *Juris tourisme*, 2020, n° 227, p. 12, obs. X. DELPECH ; *AJ Contrat*, 2020, p. 27, note C.-E. BUCHER ; *D.*, 2020, p. 188, note C. FRANÇOIS.

¹⁸²³ Règlement (CE) n° 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 oct. 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, *JOUE L* 315/14 du 3 déc. 2007.

¹⁸²⁴ C. FRANÇOIS, « Responsabilité du transporteur ferroviaire interne de voyageurs : exclusivité décrétée du régime européen, recul acté des droits des voyageurs », note préc. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2019, spéc. n° 14 et s.

¹⁸²⁵ L. n° 2009-888 du 22 juill. 2009 de développement et d'amélioration des services touristiques, *JORF* n° 169 du 24 juill. 2009, p. 12352, texte n° 1.

¹⁸²⁶ V. en ce sens : C. LACHIEZE, « Allègement de la responsabilité des agents de voyage. À propos de la loi du 22 juillet 2009, *JCP G.*, n° 41, 2009, 303. *Adde*, X. DELPECH, « Le nouveau droit de la vente de voyages et de séjours touristiques », *D. actu.*, 14 sept. 2009.

¹⁸²⁷ Ainsi, la nouvelle rédaction de l'article L. 211-16 du Code du tourisme ne prévoit plus, comme c'était le cas à la suite de la loi du 22 juill. 2009, que l'agent de voyage est responsable « *dans la limite des dédommagements prévus par les conventions internationales* », celles-ci étant bien souvent plus favorables au transporteur.

618. - **Allègement de la responsabilité des intermédiaires de l'Internet. Régime dérogatoire de responsabilité des hébergeurs.** Parmi les exemples offrant un régime dérogatoire de responsabilité des professionnels, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004¹⁸²⁸ est particulièrement intéressante. Ainsi, la responsabilité des hébergeurs se trouve « allégée » dès lors que l'appréciation de la faute n'est pas la même lorsqu'ils ignorent le caractère illicite des données stockées¹⁸²⁹. Cette approche permet véritablement d'envisager un certain allègement de la responsabilité de ces acteurs économiques. Pour rappel et depuis la directive du 8 juin 2000¹⁸³⁰, l'hébergement consiste notamment « *en la fourniture d'un service de la société d'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service* »¹⁸³¹. Par conséquent, l'allègement de la responsabilité de l'hébergeur s'explique en grande partie du fait qu'il n'a pas de rôle actif sur le contrôle des données stockées. C'est en ce sens que la CJUE a statué dans son arrêt du 23 mars 2010 en soulignant : « *afin de vérifier si la responsabilité du prestataire de service de référencement pourrait être limitée [...], il convient d'examiner si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke* »¹⁸³². La Cour de cassation a également adopté cette approche¹⁸³³. L'hébergeur profite donc d'un régime de responsabilité spécifique plus favorable puisqu'il ne dispose pas des informations sur le caractère illicite ou non des

¹⁸²⁸ L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF* n° 0143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2.

¹⁸²⁹ L'article 6, I, 2° de la loi du 21 juin 2004 dispose : « *Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, [...], le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ». Ainsi, dans cette hypothèse, l'absence de réactivité du professionnel ayant connaissance du caractère illicite des données litigieuses est susceptible d'engager sa responsabilité.

¹⁸³⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *JO* n° L 178 du 17 juill. 2000, p. 1.

¹⁸³¹ Directive 2000/31/CE, préc., art. 14.

¹⁸³² CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08, Sociétés Google France et Google Inc c/ Société Louis Vuitton Malletier SA ; C-237/08, Google France SARL c/ Viaticum SA et Luteciel SARL ; C-238/08, Google France SARL c/ CNRRH, MM. Thonet et Raboin et Tiger SARL ; CCC, n° 5, 2010, comm. 132, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.*, 2010, p. 885, obs. C. MANARA ; *D.*, 2010, p. 1966, obs. P. TREFIGNY-GOY ; *RTD eur.*, 2010, chron., p. 939, obs. E. TREPPOZ.

¹⁸³³ En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : *JurisData* n° 2011-001684 ; *CCE*, n° 4, 2011, comm. 32, note C. CARON ; *JCP G.*, n° 18, 2011, 520, note A. DEBET ; *D.*, 2011, p. 1113, note L. GRYNBAUM ; *D.*, 2011, p. 2363, obs. J. LARRIEU ; *D.*, 2011, p. 2164, obs. P. SIRINELLI ; *RTD com.*, 2011, p. 351, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Prop. intell.*, 2011, p. 197, obs. A. LUCAS. S'agissant, en l'espèce, de sites de partage de vidéos qui ont été considérés comme des hébergeurs bénéficiant donc d'une responsabilité allégée.

données. C'est pourquoi, sa responsabilité ne pourra être engagée que s'il a eu connaissance des informations incriminantes et qu'il lui a été demandé de procéder à leur retrait.

619. - **Souplesse à l'égard du petit professionnel ?** Le régime particulièrement sévère des règles précises applicables au petit professionnel a vocation à assurer la sécurité et la protection du cocontractant jugé plus faible. Même s'il arrive que le législateur ou la jurisprudence fassent preuve de plus de mansuétude envers certains professionnels et adaptent l'application des dispositions contraignantes à leur égard, trouver des exemples d'un allègement de la responsabilité des professionnels et du petit professionnel dans les secteurs spécifiques n'est pas aisé. En effet, ceux-ci étant en grande partie soumis au cadre strict de la responsabilité générale mise en place par le droit de la consommation, il est difficile pour eux de s'en émanciper¹⁸³⁴. Surtout, « *le droit spécial [...] tend à reproduire les fluctuations et les incertitudes que connaît naturellement le droit commun* »¹⁸³⁵, ce qui ne facilite pas la tâche des professionnels qui se trouvent confrontés à une multitude de régimes, de spécificités. Les quelques illustrations appréhendées relativement aux hypothèses d'allègement de responsabilité des professionnels démontrent d'ailleurs qu'il est difficile de poser des dispositions strictes d'application égale. Il existe toujours des contre-exemples et à chaque jurisprudence correspond bien souvent une exception de sorte qu'à un allègement perçu ici répond un nouvel « alourdissement » là-bas. Les bonnes intentions ne sont pas systématiquement suivies et le petit professionnel ne s'y retrouve pas toujours¹⁸³⁶. Cela est d'autant plus difficile pour lui du fait qu'il existe un foisonnement des textes et donc une multiplication des solutions applicables à sa situation. Pour ce contractant particulier, il n'est pas possible de laisser les choses en l'état tant il est compliqué d'appréhender une véritable ligne conductrice d'allègement de la responsabilité des professionnels, sauf à procéder au cas par cas selon les secteurs. Les exemples évoqués ne font pas réellement entrevoir un allègement spécifique de la responsabilité du petit professionnel. Si cette notion ne permet peut-être pas de faire fusionner tous ces régimes de responsabilités, en tout état de cause, elle aura le mérite d'apporter des réponses à l'allègement de celles-ci.

¹⁸³⁴ Que ce soit au regard des informations à délivrer, des pratiques commerciales à adopter qui ne doivent pas être déloyales, du formalisme à respecter, du contenu contractuel à surveiller avec l'interdiction des clauses abusives, etc.

¹⁸³⁵ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 11, p. 501.

¹⁸³⁶ D'une part, car il n'est généralement pas directement visé par ces régimes spécifiques d'allègement de responsabilité et, d'autre part, car la mise en œuvre de ces régimes conduit à une véritable complexification des situations.

620. - **Synthèse.** Envisager les divers régimes de responsabilité des professionnels est extrêmement difficile compte tenu des caractéristiques propres à chaque secteur et de la multitude de responsabilités auxquelles ils peuvent être soumis¹⁸³⁷. Pour cette raison, il est encore plus complexe d'apprécier les allègements possibles en présence de certains professionnels tels que le petit professionnel. En définitive et comme attendu, il est compliqué pour celui-ci de trouver sa place dans ces régimes dérogatoires tendant à un allègement, ou à tout le moins à une adaptation du régime de responsabilité. Néanmoins, ces régimes dérogatoires ont une raison d'être qui justifie leur mise en place, mais cette approche ne paraît pas réellement pertinente ni profitable au petit professionnel qui va peiner à trouver sa place véritable au sein de leur diversité ; un retour au droit commun s'impose donc.

II. Un recours au droit commun critiquable : une protection affaiblie

621. - **Évolution.** Pour apprécier la teneur des obligations et la nature de la responsabilité des professionnels, le recours au droit commun n'a pas été linéaire. Invoqué essentiellement dans un premier temps pour en faire une application plus stricte « *en ce qui concerne des professionnels* »¹⁸³⁸, le droit commun a permis « *d'imposer au professionnel des obligations spécifiques* »¹⁸³⁹. Par la suite, le développement des droits spéciaux a conduit à limiter le recours au droit commun¹⁸⁴⁰, et à fixer des règles plus précises à l'égard de ces acteurs selon leur secteur d'activité. Cela a notamment servi à circonscrire l'influence du droit commun « *dont les ressorts et les ressources paraissent infinis* »¹⁸⁴¹, les professionnels trouvant « *sous le manteau de la loi spéciale un abri contre les frimas du droit commun* »¹⁸⁴². Cependant, le « morcellement » du droit de la responsabilité¹⁸⁴³, les limites des lois spéciales et la nouvelle montée en puissance du droit commun¹⁸⁴⁴ tendent à relancer le recours au droit commun en tant que fondement essentiel de la responsabilité professionnelle et donc comme solution idéale à un allègement de la responsabilité du petit professionnel.

¹⁸³⁷ En ce sens : G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *La responsabilité professionnelle : spécificité réelle ou apparente*, LPA, n° 137, 11 juill. 2001, p. 95.

¹⁸³⁸ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 6, p. 496.

¹⁸³⁹ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, *ibid.* Sur ce phénomène et les obligations concernées : v. *supra* n° 519 et s.

¹⁸⁴⁰ Sans pour autant l'exclure totalement.

¹⁸⁴¹ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 7, p. 497.

¹⁸⁴² Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, *ibid.*

¹⁸⁴³ L'expression est empruntée à Messieurs les Professeurs LE TOURNEAU et JULIEN : Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 14, p. 505.

¹⁸⁴⁴ Principalement depuis le début du XXI^e siècle avec l'aboutissement de la réforme du droit des contrats et le projet de réforme du droit de la responsabilité.

622. - **Simplification.** L'allègement de la responsabilité de certains contractants, particulièrement professionnels, doit passer en amont par une simplification des règles qui leur sont imposées¹⁸⁴⁵. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est inscrite la réforme du droit des contrats et des obligations dont l'un des objectifs était de rendre plus lisibles et plus accessibles l'ensemble des normes propres à ce domaine. Pour autant, cette simplification engendre-t-elle un véritable allègement ? Certes, d'un point de vue organisationnel, cette démarche est de nature à alléger en partie le mode de fonctionnement des entreprises et certaines contraintes pesant sur elles. Néanmoins, elle n'affecte pas véritablement leur responsabilité qui demeure identique et bien souvent lourdement sanctionnée, ni même ne remet en cause le phénomène jurisprudentiel qui tend à mettre à la charge des professionnels des obligations parfois « inédites »¹⁸⁴⁶. Pour exemple, le bénéfice de l'obligation d'information arrivée avec la réforme n'a pas été précisé en ce sens et aucune distinction entre « petits » et « grands », ni entre « vendeurs » et « acquéreurs » n'ont été spécifiées ni même envisagées. Cette obligation est donc la même pour tous, quelle que soit en principe la situation. Une hypothèse particulière doit cependant être évoquée pour mettre en évidence une forme d'allègement de cette obligation d'information en la matière.

623. - **Allègement de l'obligation d'information du vendeur face à un client professionnel.** En fonction de qualité du cocontractant du vendeur, il apparaît que l'obligation d'information de ce dernier ne s'applique pas avec la même intensité. C'est en ce sens que la jurisprudence a prévu de moduler l'étendue de l'obligation d'information à la charge du professionnel lorsque le « *client est ou non un professionnel avisé* »¹⁸⁴⁷. Toutefois, l'ensemble des vendeurs professionnels sont susceptibles de tirer profit de cette atténuation de la force de l'obligation d'information et la jurisprudence n'opère pas de distinction particulière entre les vendeurs¹⁸⁴⁸. Elle dispense, par exemple, tout vendeur à l'égard de l'acheteur professionnel de

¹⁸⁴⁵ Le droit des contrats n'échappe d'ailleurs pas à cette nécessité : D. BERT, « La recodification du droit des contrats, entre simplification et modernisation », in *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, D. BERT, M. CHAGNY et A. CONSTANTIN (dir.), préf. J.-L. DEBRE, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2015, p. 109 et s.

¹⁸⁴⁶ L'expression est empruntée au Professeur LE TOURNEAU : Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018/2019, n° 3124.18.

¹⁸⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 2 juill. 1991, n° 90-12.065 ; *Bull. civ. I*, n° 228 ; *RTD civ.*, 1992, p. 758, obs. J. MESTRE ; *RDI*, 1992, p. 348, obs. D. TOMASIN.

¹⁸⁴⁸ Une nouvelle fois, il n'est pas tenu compte de la position particulière de chaque professionnel.

toute information sur les éléments dont il est en mesure d'apprécier la portée exacte¹⁸⁴⁹. La démarche correspond ici tout à fait à celle adoptée par le droit de la consommation qui ne cherche pas à protéger le professionnel. Le droit commun de la vente, tout en étant commun, se propose donc d'opérer une distinction entre le client professionnel et le client non-professionnel. Cette logique, bien que critiquable, semble commandée par le bon sens, tout comme l'est celle justifiant d'alléger les charges du petit professionnel qui n'est pas toujours apte, pour le coup, à apprécier la portée de ses engagements ni à répondre à l'ensemble des exigences pesant sur lui, voire aux attentes de ses clients dans les mêmes conditions que d'autres professionnels¹⁸⁵⁰. Selon les circonstances, il devrait ainsi être possible d'adapter l'intensité des obligations pesant sur le petit professionnel¹⁸⁵¹.

En tout état de cause, l'allègement envisagé à l'égard de l'obligation du vendeur n'est pas impératif puisque la jurisprudence, parfois de manière très sévère, limite les atténuations apportées à certaines obligations¹⁸⁵². L'indifférence relative aux compétences du client témoigne ainsi du caractère absolu de certaines obligations à l'égard du professionnel, tout allègement étant dès lors vain¹⁸⁵³.

624. - **L'absence d'obligation de renseignement de l'acquéreur professionnel.** Si le professionnel est contraint par de nombreuses obligations, il convient également de relever un cas où à l'inverse il ne lui est pas imposé de fournir un quelconque renseignement à son cocontractant. Il est de jurisprudence constante depuis la célèbre affaire « Baldus » que l'acquéreur d'un bien n'est pas tenu de révéler à son vendeur la valeur de la chose qu'il

¹⁸⁴⁹ En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, n° 93-13.187 ; *Bull. civ.*, I, n° 251 ; *D.*, 1996, p. 12, obs. G. PAISANT. S'agissant, en l'espèce, de l'achat d'un véhicule utilitaire par un entrepreneur de maçonnerie pour les besoins de son entreprise.

¹⁸⁵⁰ Il n'est pourtant pas surprenant en pratique de solliciter, souvent par le « bouche-à-oreille », l'intervention d'un petit professionnel aux moyens certes moins importants, au lieu de privilégier des grandes structures avec lesquelles le contact est parfois plus difficile, et cela tout en restant par ailleurs lucide quant à la situation moins favorable de ce petit professionnel.

¹⁸⁵¹ La même approche a ainsi pu être adoptée pour exclure le devoir de mise en garde à la charge du prêteur, qu'il soit petit ou non, dès lors qu'un contractant est considéré comme un professionnel averti. V. par ex. : CA ORLÉANS, Chambre commerciale économique et financière, 10 avr. 2014, n° 13/00462.

¹⁸⁵² Par ex., en matière d'obligation et de devoir de conseil, il est difficile de passer outre les exigences pesant sur le professionnel. C'est pourquoi, la jurisprudence considère notamment que les compétences dont peut disposer le partenaire du professionnel n'influencent pas dans l'absolu la question du maintien ou non de ces obligations à la charge du professionnel : Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2016, n° 15-17.033 et n° 15-17.516 ; *Juris tourisme*, 2016, n° 191, p. 10, obs. X. DELPECH ; *D.*, 2017, p. 341, note C. LACHIEZE ; *D.*, 2017, pan., p. 24, obs. C. QUEZEL-AMBRUNAZ ; *CCC*, 2016, comm. 247, obs. L. LEVENEUR ; *RCA*, 2016, p. 342, obs. L. BLOCH ; *LEDC*, n° 10, p. 7, note O. SABARD ; *RDC*, 2017, p. 39, obs. O. DESHAYES. S'agissant en l'espèce d'un médecin victime qui n'avait pas été prévenu du danger que présentait un voyage en haute altitude en dépit de ses compétences professionnelles ou personnelles, l'agence de voyage ayant alors manqué à son obligation d'information.

¹⁸⁵³ C'est notamment le cas, de manière plus logique, en présence d'une obligation de sécurité.

acquiert¹⁸⁵⁴. Il s'agit d'une véritable limite au devoir précontractuel d'information qui a été clairement reprise par le législateur¹⁸⁵⁵. Plus spécifiquement, il a été jugé que « *l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* »¹⁸⁵⁶. Aussi, la Cour de cassation a pris la peine de souligner que même l'acquéreur professionnel est dispensé de toute obligation d'information de sorte que le droit commun semble s'intéresser à la qualité du contractant, même si c'est finalement pour ne pas en tenir compte¹⁸⁵⁷. Il est particulièrement intéressant de relever à ce titre que le vendeur du pavillon objet du litige dans l'arrêt de la troisième chambre civile en date du 17 janvier 2007 était un profane dans le cadre du contrat de vente conclu¹⁸⁵⁸. Bien que cette décision ait une portée limitée en ce qu'elle ne vise que l'information sur la valeur du bien acquis, contrairement à la jurisprudence « Baldus » dont la formulation était plus générale, elle a le mérite de montrer la bienveillance dont peuvent faire preuve les juges à l'égard du professionnel, tout en écartant d'une certaine manière l'exigence de bonne foi. À la suite de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 10 février 2016, cette décision pouvait être tempérée puisque si l'obligation d'information ne peut porter sur la valeur de la prestation¹⁸⁵⁹, l'article 1137 alinéa 2 du Code civil prévoyait simplement que « *constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Depuis la loi du 20 avril 2018 portant ratification de l'ordonnance précitée, il a été ajouté un troisième alinéa à l'article 1137 du Code civil qui dispose que « *ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation* ».

¹⁸⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; *Bull. civ.* I, n° 131 ; *D.*, 2002, p. 928, obs. O. TOURNAFOND ; *RTD civ.*, 2000, p. 566, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *CCC*, 2000, n° 140, obs. L. LEVENEUR ; *JCP G.*, 2000, I, 272, obs. G. LOISEAU ; *JCP G.*, 2000, II, 10510, obs. Ch. JAMIN ; *Defrénois*, 2000, p. 1110, obs. Ph. DELEBECQUE et D. MAZEAUD ; *LPA*, 5 déc. 2000, p. 14, note B. FROMION-HEBRARD. Cette jurisprudence a, d'une certaine manière, consacré la maxime selon laquelle : « *il n'est pas interdit de faire des bonnes affaires* ».

¹⁸⁵⁵ C. civ., art. 1112-1, al. 2.

¹⁸⁵⁶ Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : *JurisData* n° 2007-037041 ; *D.*, 2007, p. 1051, note D. MAZEAUD ; *D.*, 2007, p. 1054, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.*, 2007, pan., p. 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.*, 2007, p. 335, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *AJDI*, 2007, p. 416, obs. S. BIGOT DE LA TOUANNE ; *JCP G.*, 2007, II, 10042, note C. JAMIN ; *JCP N.*, 2007, 1157, n° 4, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Defrénois*, 2007, 443, obs. E. SAVAUX ; *Defrénois*, 2007, 959, note Y. DAGORNE-LABBE ; *RLDC*, 2008/45, n° 2838, étude S. BEN HADJ YAHIA ; *Dr. et patr.*, 1/2008, 24, note P. CHAUVEL ; *Dr. et patr.*, 3/2008, 91, obs. B. MALLET-BRICOUT ; *RDC*, 2007, 703, obs. Y.-M. LAITHIER. (Personnellement et volontairement souligné).

¹⁸⁵⁷ En effet, il est assez rare que les juges spécifient de la sorte la qualité de professionnel du contractant mis en cause.

¹⁸⁵⁸ Ce qui semble donc aller à contre-courant du phénomène majoritaire qui tend à mettre à la charge du professionnel des obligations toujours plus importantes.

¹⁸⁵⁹ *Rapp. C. civ.*, art. 1112-1, al. 2.

625. - **Limites du recours au droit commun.** C'est la logique du droit commun de ne pas faire de différence entre les contractants. Pour autant, il a semblé que dans certaines hypothèses, il pourrait venir au secours du petit professionnel. En effet, la jurisprudence n'hésite pas lors de certaines occasions à rappeler la qualité de professionnel ou non du contractant afin de déterminer l'obligation et la responsabilité applicables. Cette approche est toutefois limitée et ne concerne que des hypothèses marginales où les besoins de la cause justifient d'apporter cette précision. Aussi, l'objectif est moins de protéger le professionnel ou d'alléger ses obligations que de conserver la cohérence de l'ensemble. Le petit professionnel ne peut donc pas espérer être bénéficiaire d'une protection particulière à ce titre. De fait, pour les professionnels, « *les convergences sont souvent nombreuses* » et la doctrine s'interroge sur le recours à « *un droit commun vraiment commun* » ou un « *droit commun appliqué au professionnel* »¹⁸⁶⁰. Les difficultés sont grandes et les inquiétudes également : « *Est-il alors seulement possible de sortir de la casuistique, et de solutions particulières applicables à tel ou tel cas, pour fonder véritablement un système ?* »¹⁸⁶¹.

626. - **Un allègement utopique.** Vouloir mettre en place une protection à l'égard de certains professionnels relève parfois de l'utopie.¹⁸⁶² C'est pourquoi, les exigences imposées à l'ensemble des professionnels sont souvent plus rigoureuses, plus strictes, plus lourdes que celles mises à la charge d'autres contractants comme le consommateur. Cependant, ces contraintes sont, semble-t-il, à modérer dans la situation du petit professionnel, tant au moment de la formation que de l'exécution du contrat¹⁸⁶³. Dans la vente entre professionnels, certaines obligations peuvent être limitées, que ce soit pour protéger ou plutôt alléger les charges du contractant sur lequel elles pèsent, ou alors pour responsabiliser l'autre partie qui apparaît en mesure de défendre elle-même ses intérêts. Pour autant, cette démarche demeure insatisfaisante en ce qu'elle s'opère entre les lignes et ne met pas en place un dispositif clair. Elle conduit à négliger certaines situations pourtant délicates. En l'occurrence, s'il n'est pas contesté que le petit professionnel peut quelquefois bénéficier d'un allègement de ses obligations, par exemple, lorsqu'il se trouve en qualité de vendeur face à un acheteur professionnel, cet allègement de régime ne lui est pas garanti dans tous les cas et ne vise pas

¹⁸⁶⁰ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 13, p. 504.

¹⁸⁶¹ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, *ibid.*

¹⁸⁶² En ce sens, il est notamment soutenu que protéger un professionnel, quel qu'il soit, revient à nier la réalité économique, le professionnel étant le contractant qui doit, par principe, supporter les risques et les inconvénients inhérents à son statut et à sa position, peu importe s'il se trouve en situation de faiblesse avérée.

¹⁸⁶³ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, 1989, p. 101 et s.

spécifiquement à prendre en compte sa situation. Cela pose donc problème et il faut apporter une réponse à cette difficulté. En ce sens, le juge doit profiter de la marge d'appréciation qui lui est laissée pour saisir l'opportunité de protéger les petits professionnels dans la mise en œuvre de leurs obligations.

Dès lors, « *le droit commun s'avère impuissant à prendre en considération les spécificités de telle ou telle activité professionnelle, et donc de la responsabilité qui peut en découler* »¹⁸⁶⁴, tout comme il se révèle inapte à prendre en compte la situation particulière du petit professionnel. En effet, il ne fait, en principe, aucune différence en fonction du statut du contractant en cause et encore moins de la qualité du professionnel concerné.

627. - **Conclusion de la Section I.** Chercher à corriger la faiblesse du petit professionnel et plus globalement de la partie faible par la mise en place de mesures d'allègement général ne permet pas d'envisager une perspective optimiste. Dans ces conditions, le risque d'une inadaptation de la règle instaurée est évident, ce qui est de nature à remettre en cause son efficacité. Or, il est nécessaire de peser les intérêts de chaque contractant et de telles méthodes ne tolèrent pas véritablement de le faire en présence d'un petit professionnel. C'est pourquoi, pour répondre de manière juste à la situation de ce dernier, une approche plus ciblée susceptible de répondre utilement au phénomène de surcharge des obligations à son détriment est souhaitable.

Section II : Un allègement des obligations ciblé en faveur du petit professionnel

628. - **D'un régime commun à tous les professionnels à un régime adapté au petit professionnel ?** La mise en place d'un régime de responsabilité propre aux professionnels et donc dérogoratoire au régime de droit commun a conduit les Professeurs LE TOURNEAU et JULIEN à s'interroger : « *Peut-on alors continuer à se satisfaire d'une règle commune en vantant ses extraordinaires - et réelles - qualités de souplesse et d'universalisme, en feignant de ne pas voir que le monde a changé, s'est complexifié et que la règle voulue à l'origine*

¹⁸⁶⁴ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 14, p. 504.

*pour tous ne peut que se heurter à la spécificité de tel ou tel secteur ? »*¹⁸⁶⁵. Bien plus, cette règle n'est-elle pas susceptible de se heurter à la spécificité de tel ou tel acteur économique en fonction de sa taille. Si les domaines d'activités de chaque professionnel appellent à une adaptation de la règle de responsabilité, leur grandeur doit permettre d'en faire de même. Est-il envisageable de faire peser un régime de responsabilité équivalent, avec une intensité identique, à une multinationale et à un petit producteur local ? De toute évidence, la réponse doit être négative et le droit doit s'engager dans un allègement ciblé de la responsabilité en faveur des petits professionnels.

629. - **Plan.** Procéder à un allègement mesuré des obligations à l'égard du petit professionnel comporte différents axes et s'effectue en plusieurs étapes. Par conséquent, afin de rééquilibrer les obligations à la charge du petit professionnel, un contrôle moins strict et donc allégé de leur exécution peut être envisagé (I), de même qu'un allègement véritable de la responsabilité du petit professionnel (II), ainsi que des sanctions mises à sa charge (III). Ensuite, il sera possible d'explorer l'hypothèse d'une mise en œuvre généralisée de Codes de bonnes conduites au profit du petit professionnel (IV).

I. Vers un rééquilibrage des obligations envers le petit professionnel

630. - **Explications.** En toute chose, il est nécessaire qu'un équilibre existe. Or, il est évident qu'en matière d'obligations et de responsabilité, le professionnel est largement plus contraint et surveillé que d'autres contractants. Cette situation se justifie en grande partie par le fait qu'il apparaît le mieux à même d'apporter un éclairage, un gage de sécurité ou encore de vigilance, et que « *la règle de responsabilité doit bien entendu protéger les intérêts des victimes* »¹⁸⁶⁶. Toutefois, cette règle de responsabilité doit également protéger « *dans une certaine mesure ceux du professionnel, nul n'étant tenu à l'impossible* »¹⁸⁶⁷, et surtout pas le petit professionnel.

¹⁸⁶⁵ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 489 et s., spéc. n° 2, p. 491.

¹⁸⁶⁶ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 5, p. 495.

¹⁸⁶⁷ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, *ibid.*

631. - **Plan.** Pour mettre en œuvre ce rééquilibrage des obligations et la responsabilité qui en découle, il est possible d'envisager un contrôle plus allégé des obligations du petit professionnel (A) et un retour à plus de réciprocité avec celles de son cocontractant (B).

A. Vers un contrôle allégé des obligations du petit professionnel

632. - **Paradoxe et adaptation.** Alors même que le petit professionnel est soumis à un régime strict et que de nombreuses obligations lui sont imposées, le législateur européen est conscient que les petites structures ne sont « *pas informées des opportunités qui existent* »¹⁸⁶⁸. Dans ces conditions, comment soumettre le petit professionnel à tant de contraintes alors que lui-même se trouve dans une situation délicate, notamment d'un point de vue informationnel. Un tel constat justifie également de se pencher sur la question de l'allègement des obligations mises à la charge du petit professionnel, première étape pour envisager un aménagement et une protection spécifique pour cet acteur économique particulier. À cet égard, il y a lieu de revoir les règles de répartition des obligations mises à sa charge puisqu'il est soumis aux mêmes réglementations que les autres sans pouvoir toujours les assumer.

633. - **Mise en place d'un contrôle allégé des obligations du petit professionnel ?**
Un allègement du domaine des obligations et de leur contrôle apparaît nécessaire notamment pour les entreprises non dotées d'un service juridique dont la situation est délicate. Il est, en effet, compliqué pour celles-ci de se prémunir contre les difficultés résultant de la mise en œuvre des obligations à leur charge, tout particulièrement au regard de la lisibilité du droit et de la compréhension des textes ou de la jurisprudence. Le législateur a d'ailleurs été alerté de cette situation à l'occasion de la récente réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, particulièrement s'agissant de son impact sur les TPE et les PME¹⁸⁶⁹. De même, la jurisprudence ne doit pas demeurer insensible à la situation des contractants dont la force ne permet pas de lutter face à leur partenaire, étant observé qu'elle

¹⁸⁶⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2008) 394 final, du 25 juin 2008, « Think Small First » : Priorité aux PME, un « Small Business Act » pour l'Europe, spéc. 4., n° V.

¹⁸⁶⁹ C'est ce qui a été mis en évidence par la fiche d'impact établie à l'occasion des travaux préparatoires de la réforme : Fiche d'impact du projet de texte réglementaire, spéc. p. 42, disponible à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichOrdonnance.do?type=general&idDocument=JORFDOLE000032036173&annee=&legislature=>.

connaît déjà la démarche à suivre¹⁸⁷⁰. En outre, il convient d'être conscient des risques engendrés par la surprotection accordée à certaines parties, comme le consommateur, qui s'impose au détriment d'autres parties en situation de faiblesse comme le petit professionnel.

634. - **Risques et craintes.** Les exigences restent élevées envers le professionnel, et donc le petit professionnel¹⁸⁷¹. Cet acteur doit, au même titre que les autres, être vigilant par rapport au devoir d'information et aux clauses abusives, certes dans ses relations dans le cadre du droit de la consommation, mais également en droit commun en raison du nouveau devoir d'information¹⁸⁷² et de l'insertion des clauses abusives¹⁸⁷³. De même, les contraintes s'accroissent corrélativement à l'extension de ces régimes¹⁸⁷⁴. Toutes ces obligations peuvent être contestées. En effet, il s'agit véritablement d'obligations excessives pour le petit professionnel, et bien souvent difficilement exécutables par lui en raison de son manque de moyens, de sa méconnaissance des textes, etc. Même si la portée de certaines exigences a été limitée à la suite des discussions ayant eu lieu lors des travaux préparatoires de la réforme¹⁸⁷⁵, ces devoirs n'en demeurent pas moins une réalité pour l'ensemble des acteurs économiques et leur impact sur quelques-uns, comme le petit professionnel, est lourd de conséquences.

Adapter le droit aux réalités et aux aspirations modernes et actuelles n'est pas toujours simple et le petit professionnel le démontre à son tour. Bien évidemment, il faut garder à l'esprit que « *certes, en droit [...], tout est transitoire* »¹⁸⁷⁶. L'adéquation du droit à la société est essentielle, dès lors qu'un acteur a besoin d'être protégé et le justifie, ce qui a été amplement démontré pour le petit professionnel¹⁸⁷⁷. Dans ce cas, il convient, en effet, d'accompagner les mutations de la société en lien avec le droit des contrats.

¹⁸⁷⁰ Sur ce point, il est intéressant de s'arrêter sur le raisonnement qu'a pu emprunter la Cour de cassation pour atténuer la portée des obligations pesant sur le professionnel. Elle a ainsi été amenée à juger qu'un « *professionnel averti, doté de connaissances juridiques et ayant une « force contractuelle » suffisante pour faire respecter ses idées [...] a accepté en toute connaissance de cause la qualité de mandataire statutaire* » : Cass. com. 29 oct. 2002, n° 99-18.796. (Personnellement et volontairement souligné). *A contrario*, il est légitime de penser que si le professionnel, comme c'est le cas du petit professionnel, ne dispose pas de la « force contractuelle » suffisante », il doit bénéficier d'une certaine protection et d'une atténuation de ses obligations.

¹⁸⁷¹ En effet, il convient de rappeler que si le particularisme du petit professionnel doit être pris en considération, il n'en demeure pas moins un professionnel pour autant.

¹⁸⁷² C. civ., art. 1112-1.

¹⁸⁷³ C. civ., art. 1171.

¹⁸⁷⁴ Par ex., l'article 1112-2 du Code civil prévoit la possibilité d'engager la responsabilité du contractant qui serait amené à utiliser sans autorisation les informations communiquées lors des négociations. Les risques augmentent donc en parallèle avec le développement de ces nouvelles exigences.

¹⁸⁷⁵ Fiche d'impact, préc., spéc. p. 35 et s.

¹⁸⁷⁶ Th. REVET, « À propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau code civil » », *D.*, 2019, p. 1011, spéc. n° 3.

¹⁸⁷⁷ V. *supra* n° 429 et s.

La contrainte résultant de l'exécution des obligations précédemment abordées génère beaucoup d'appréhension pour certains professionnels¹⁸⁷⁸ et la protection qu'elles apportent ne doit pas s'exercer au détriment exclusif de celui qui en a la charge, surtout lorsqu'il ne peut aisément les mettre en œuvre. C'est pourquoi, afin d'aider le petit professionnel, quelques propositions peuvent être suggérées.

635. - **Proposition n° 1 : un moyen d'information relayé.** Dans cette optique, il conviendrait de prévoir la mise en place de fiches, reprenant toutes sortes de contextes, de situations, de services ou de produits en fonction, par exemple, des secteurs. Celles-ci seraient préétablies conjointement par des juristes et des petits professionnels. Au moment de la régularisation du contrat entre les parties, la fiche adéquate serait choisie, mise en annexe de l'acte, et paraphée par chaque contractant, afin que chaque partie connaisse réellement ses engagements et en ait une meilleure prise de conscience.

Dans cette hypothèse, « *si ces conditions sont satisfaites, les parties peuvent prévoir suffisamment, à la conclusion du contrat, toutes les conséquences juridiques de leurs actions et prendre leurs décisions en conséquence* »¹⁸⁷⁹. L'utilité apparaît évidente et l'efficacité non négligeable. Certes, la mise en œuvre serait délicate, d'une part, en raison du nombre de situations et, d'autre part, le partenaire aurait à se renseigner sur les caractéristiques de son cocontractant, ce qui lui demanderait des efforts importants en plus des difficultés pour obtenir les informations.

636. - **Proposition n° 2 : une distinction entre vendeur et acheteur à transcender.** Bien souvent, l'acheteur, généralement consommateur mais aussi parfois professionnel, est perçu comme la partie faible à protéger, et le vendeur qui propose, parfois démarche, comme la partie en position de force, même s'il est en situation d'infériorité. La célèbre affaire « Baldus » en témoigne¹⁸⁸⁰, l'acheteur peut alors effectuer de bonnes affaires au détriment de son cocontractant vendeur parfois profane sans avoir l'obligation de l'informer de ses connaissances. Une telle situation, si elle peut se comprendre, apparaît d'une certaine manière injuste puisque même un acquéreur professionnel peut ne pas informer un vendeur profane.

¹⁸⁷⁸ Compte tenu tout particulièrement de leur généralisation en droit commun : Fiche d'impact, *ibid.*

¹⁸⁷⁹ R. SCHULZE, « Promotion et protection des PME – un défi pour le droit privé », in *Promotion et protection des PME : les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 11 et s., p. 15.

¹⁸⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381, préc.

637. - **Proposition n° 3 : la mise en place de tarifs préférentiels pour le petit professionnel.** Afin de permettre des remises à niveau, des accès aux nouvelles lois par voie informatique ou abonnements papiers¹⁸⁸¹, des formations et des certifications spécifiques¹⁸⁸² pour les petits professionnels, il serait judicieux de leur proposer des tarifs adaptés à leur situation.

638. - **Mise en œuvre concrète.** Instaurer des mesures adaptées à la situation du petit professionnel et un régime spécifique à son égard pourrait notamment passer par un allègement concernant l'obligation d'information mise à sa charge, ou encore l'obligation de déclaration¹⁸⁸³. Tout lancement d'une activité professionnelle engendre évidemment des charges incontestables à prévoir et à assumer, qu'il s'agisse de la création et de l'installation de l'entreprise, de son activité et de son fonctionnement, ou encore des charges salariales, sociales et fiscales¹⁸⁸⁴. L'allègement des charges et un accès efficace à l'information permettraient ainsi au petit professionnel de répondre plus facilement à l'ensemble des exigences pesant sur lui¹⁸⁸⁵. Certes, des mesures existent en faveur du soutien de l'activité économique¹⁸⁸⁶, même pour les petites structures, mais il est nécessaire que cette approche prenne également forme au sein de la matière contractuelle. Pour cela, il convient d'adapter la règle de droit à la situation du petit professionnel et seul un meilleur ajustement de celle-ci, à l'avenir, permettra au petit professionnel de s'en sortir plus aisément.

¹⁸⁸¹ Pour obtenir notamment des explications sur les textes légaux et réglementaires.

¹⁸⁸² Comme les qualifications et les habilitations à intervenir dans des domaines particuliers, pour certains travaux ou encore dans des domaines déterminés.

¹⁸⁸³ En procédant, par ex., à une réduction des démarches administratives pesant sur les petits professionnels, comme cela est envisagé par le « Small Business Act » pour l'Europe : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2008) 394 final, du 25 juin 2008, « Think Small First » : Priorité aux PME, un « Small Business Act » pour l'Europe. *Adde*, Règlement (UE) n° 2017/2393 du Parlement européen et du Conseil du 13 déc. 2017 dit « Omnibus », *JOUE* L 350 du 29 déc. 2017, p. 15 : le texte prévoit de réduire les charges administratives pesant sur les petits agriculteurs (considérant 21).

¹⁸⁸⁴ Les salaires et les charges sociales sont très certainement les postes les plus lourds pour toute entreprise et en particulier pour les petites structures.

¹⁸⁸⁵ À condition, bien entendu, qu'il soit mis en place un régime d'ensemble cohérent et non « *une litanie de retouches ponctuelles, supprimant ici et retouchant là* » : A. COURET et B. DONDERO, « La loi Warsmann II relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives – aspects de droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2012, p. 441.

¹⁸⁸⁶ En ce sens : L. n° 2018-1203 du 22 déc. 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019, *JORF* n° 297 du 23 déc. 2018, texte n° 3, s'agissant de l'exonération et de la réduction des charges salariales. Cette loi a d'ailleurs été suivie d'un décret d'application : Décret n° 2018-1356 du 28 déc. 2018 relatif à la mise en œuvre de la réduction générale des cotisations et contributions sociales à la charge des employeurs, *JORF* n° 302 du 30 déc. 2018, texte n° 87.

À titre illustratif, un allègement dans la mise en œuvre de l'obligation ou devoir de mise en garde en matière de crédit de restructuration a pu être observé¹⁸⁸⁷. Cet arrêt du 17 avril 2019 témoigne à ce propos d'une certaine adaptation et précise « *qu'en statuant ainsi, alors qu'un crédit de restructuration, qui permet la reprise du passif et son échelonnement à des conditions moins onéreuses, sans aggraver la situation économique de l'emprunteur, ne crée pas de risque d'endettement nouveau, la cour d'appel a violé* » l'article 1147 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

639. - **Synthèse.** La nécessaire vigilance du petit professionnel face à ses obligations telles que celle d'information, de respect des clauses abusives, reste pour lui très compliquée à mettre en place. Un allègement de ces devoirs et exigences pourrait limiter les éventuelles conséquences dramatiques pour son activité. Une telle démarche passe nécessairement par une simplification¹⁸⁸⁸ de la norme afin qu'elle soit mieux comprise et plus adaptée pour les petits acteurs du droit des contrats. Par ailleurs, à cet impératif d'allègement doit répondre une démarche d'équilibre tendant à plus de réciprocité entre les obligations à la charge de chaque contractant.

B. Vers plus de réciprocité et un cantonnement des obligations du petit professionnel

640. - **Explications.** Pour que le contrat fonctionne, il doit se baser sur l'entente et la coopération des parties. Il ne peut pas y avoir de contrat sans collaboration¹⁸⁸⁹. Même si chacun a le même but et cherche, d'une certaine manière à tirer avantage du contrat et réaliser la tâche fixée ; les contractants ont bien souvent des intérêts antagonistes¹⁸⁹⁰. Aussi, il est nécessaire que cette opposition soit équilibrée, c'est-à-dire que chacun tire avantage de la relation sans devoir nécessairement en faire beaucoup plus que son partenaire. Cette

¹⁸⁸⁷ Cass. com. 17 avr. 2019, n° 18-11.895 ; *D.*, 2019, actualités, p. 884.

¹⁸⁸⁸ Pour une approche générale et transversale : D. BERT, M. CHAGNY et A. CONSTANTIN (dir.), *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, préf. J.-L. DEBRE, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2015.

¹⁸⁸⁹ Aussi, selon un éminent auteur, « *à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union* » : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, II. Effets des Obligations*, Tome VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 9.

¹⁸⁹⁰ L'un tente d'atteindre l'objectif inverse de l'autre. Par ex., en matière de vente, le vendeur va chercher à récupérer une somme d'argent tandis que l'acheteur en payant le prix demandé vise à récupérer un bien. La mission de chacun est différente mais ils ont bien un but commun : le contrat doit se réaliser pour que les deux puissent assouvir leur désir.

collaboration entre les parties implique donc l'existence d'un minimum de réciprocité dans les obligations des contractants.

Or, dans les rapports du petit professionnel avec le consommateur, il a été précédemment relevé que le premier était débiteur de nombreuses obligations, au même titre que l'ensemble des professionnels, tandis que peu d'obligations reposaient à l'inverse et de manière réciproque sur le second. Pour autant, il semble légitime de s'interroger sur les risques d'une absence de réciprocité entre les obligations à la charge du petit professionnel et celles réellement à la charge de son cocontractant¹⁸⁹¹. De toute évidence, si mettre à la charge du contractant fort certaines obligations supplémentaires pour compenser le déséquilibre existant, cette solution doit être adaptée en présence du petit professionnel. Dans ces conditions, faut-il alléger les obligations du petit professionnel ou au contraire se poser tout de même la question d'étendre celles de son partenaire ou client ?

641. - **Singularité et similitudes.** La situation singulière du consommateur vis-à-vis de ses partenaires professionnels a justifié l'instauration de règles dérogatoires et la mise en œuvre d'un droit à part : le droit de la consommation. Le petit professionnel, loin de bénéficier d'une telle attention, a subi les conséquences de ce phénomène¹⁸⁹². Pourtant, des similitudes ont été constatées entre ces acteurs contractuels. Bien plus, il ressort de la lecture du Code de la consommation que le législateur n'est plus insensible à la situation délicate de certains professionnels¹⁸⁹³. Or, comme vu précédemment, les obligations comme l'obligation d'information pèsent particulièrement pour le petit professionnel aux moyens et/ou à l'expérience plus limités. De ce fait, il résulte de cette analyse que le petit professionnel se retrouve paradoxalement débiteur d'obligations contraignantes, tout en étant susceptible, d'un autre côté, de profiter du statut de créancier de celles-ci, forme de « schizophrénie » s'il en est.

642. - **Relation petit professionnel-consommateur et déséquilibre inversé.** Tandis que le petit professionnel se retrouve bien souvent submergé par de nombreuses contraintes et obligations, de son côté, le consommateur bénéficie d'une protection parfois « *injustifiée car*

¹⁸⁹¹ Particulièrement lorsqu'il est pris conscience de la situation de faiblesse du petit professionnel qui ne peut être assimilé à un professionnel tel que classiquement entendu.

¹⁸⁹² Alourdissement des obligations, renforcement des régimes de responsabilité, etc.

¹⁸⁹³ V. not. : C. consom., art. L. 221-3.

disproportionnée »¹⁸⁹⁴ par rapport à sa vulnérabilité réelle. Dans ces conditions, un regain de réciprocité dans les obligations de chacun et dans sa part contributive à la relation contractuelle semble nécessaire. En outre, le retour à plus de réciprocité remet la justice au centre des préoccupations. C'est dans cette direction que s'oriente, par exemple, le législateur européen lorsqu'il décide d'assujettir uniquement les entreprises les plus puissantes au respect de certaines règles en matière d'approvisionnement agricole et alimentaire, en cantonnant leur application aux acteurs n'étant pas des « petits et moyens opérateurs »¹⁸⁹⁵.

643. - **Synthèse et propositions.** Trop souvent, « *le professionnel est présumé être de mauvaise foi* »¹⁸⁹⁶, ce qui ne serait jamais le cas à l'inverse pour le consommateur auquel il n'est pas imposé un alourdissement des obligations, ni de leur intensité, et dont la protection apparaît en tout état de cause absolue. Dans les relations en présence d'un petit professionnel, la réciprocité des obligations pourrait dans un premier temps résulter d'une approche adaptée en matière de clauses d'exclusion de responsabilité dont l'appréciation est sévèrement sanctionnée par la jurisprudence. Par la suite, cet allègement en faveur du petit professionnel pourrait prendre forme et se traduire par l'adoption d'un régime légal plus approprié, comme cela a été engagé en matière de responsabilité.

II. Vers un allègement de la responsabilité du petit professionnel

644. - **Explications.** D'une manière générale, il a été avancé que « *la responsabilité professionnelle s'est considérablement alourdie, parfois à l'excès* »¹⁸⁹⁷. Si un tel phénomène

¹⁸⁹⁴ J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 254.

¹⁸⁹⁵ V. en ce sens, la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 avr. 2018 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, COM(2018) 173 final, 2018/0082 (COD), dont le considérant n° 9 indique : « *Il importe que les dispositions pertinentes s'appliquent à un comportement commercial adapté au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire par de grands opérateurs (c'est-à-dire à l'exclusion des petits et moyens opérateurs), car ce sont généralement eux qui possèdent un pouvoir de négociation proportionnellement plus fort dans les relations commerciales avec les petits et moyens fournisseurs* ». Cette approche a été conservée lors de l'adoption du texte définitif : Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JOUE n° L 111 du 25 avr. 2019, p. 59, considérant n° 14 qui souligne : « *Il convient que la présente directive s'applique au comportement commercial des opérateurs de plus grande taille à l'encontre des opérateurs qui ont un pouvoir de négociation moins important* ».

¹⁸⁹⁶ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 6, p. 496.

¹⁸⁹⁷ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018/2019, n° 3124.19.

favorise à l'évidence un rééquilibrage des relations, notamment entre professionnels et consommateurs, il n'apparaît pas justifié dans toutes les situations¹⁸⁹⁸. C'est pourquoi, il a été, et il est encore, nécessaire de prévoir des palliatifs, voire des régimes spécifiques d'allègement de responsabilité pour certains professionnels afin de tenir compte, par exemple, de leur taille. Face aux changements et à l'évolution des relations économiques, particulièrement leur complexification, le droit doit s'adapter et ne pas demeurer indifférent à l'égard des professionnels qui sont susceptibles de rencontrer le plus de difficultés. Fort heureusement, il ne semble pas que le droit reste insensible à ces problématiques et des avancées en faveur d'une certaine limitation de la responsabilité du petit professionnel ont été réalisées.

645. - **Des interventions jurisprudentielles limitées...** Bien que la jurisprudence ait tenté d'assouplir de manière assez désordonnée et par une appréciation *in concreto* de l'identité du contractant l'application des obligations strictes à la charge du professionnel¹⁸⁹⁹, aucun principe n'a véritablement été instauré en la matière et aucune lisibilité n'a émergé pour le petit professionnel. Les circonstances où un allègement de responsabilité a été envisagé demeurent exceptionnelles et de toute évidence, seule l'élaboration d'un régime légal est susceptible d'apporter une véritable solution pérenne pour cet acteur.

646. - **... à des interventions législatives efficaces ?** Une limitation légale de responsabilité en faveur des petites structures a été très vite amorcée par le recours aux sociétés unipersonnelles. Instaurée pour la première fois par la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985¹⁹⁰⁰, la société unipersonnelle a ouvert la possibilité pour un entrepreneur d'exercer son activité par le biais d'une société afin d'opérer une distinction entre les engagements pris dans le cadre de son activité professionnelle, et ceux résultant de son activité personnelle¹⁹⁰¹. Dans cette hypothèse, l'entrepreneur constitue une société dont il se retrouve l'associé unique et peut préserver son patrimoine personnel de son activité. Cette possibilité a d'ailleurs été

¹⁸⁹⁸ Particulièrement en présence de petits professionnels, comme les entrepreneurs individuels, qui ne peuvent subir les « *conséquences du principe de responsabilité illimitée* » : E. DUBUISSON et M. GERMAIN, « Pourquoi recourir au régime de l'EIRL ? », in *Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, F. TERRE (dir.), LexisNexis, Droit 360°, 2011, p. 11 et s., spéc. n° 36.

¹⁸⁹⁹ Conduisant à des solutions au cas par cas.

¹⁹⁰⁰ L. n° 85-697 du 11 juill. 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), *JORF* du 12 juill. 1985, p. 7862.

¹⁹⁰¹ De ce fait, l'action des créanciers de l'entrepreneur est limitée à ses biens professionnels dépendant de la structure créée.

étendue aux Sociétés par Actions Simplifiées (SAS)¹⁹⁰². Pour autant, une telle approche a rapidement montré ses limites dès lors notamment que les créanciers du professionnel, principalement les banques, ont eu recours au mécanisme des sûretés prises sur le patrimoine personnel de l'associé unique. Afin d'éloigner certains biens personnels de l'activité professionnelle exercée, il a alors été institué un nouveau mécanisme : la déclaration d'insaisissabilité¹⁹⁰³, permettant de soustraire certains biens à la poursuite des créanciers du professionnel. Toutefois, l'instauration d'un tel instrument a également présenté ses limites puisqu'il est « *soumis à des conditions strictes de validité et d'opposabilité qui tendent à expliquer la relative désaffectation* » rencontrée¹⁹⁰⁴. La consécration d'une limitation légale de responsabilité a donc pris forme avec le recours à l'EIRL. Comme précédemment étudié¹⁹⁰⁵, l'EIRL permet de protéger les biens personnels en cas de difficultés rencontrées dans le cadre de l'activité professionnelle exercée. Cependant, le succès de ce régime est freiné par les difficultés résultant à la fois de son application¹⁹⁰⁶, de sa complexité et des retouches régulières dont il fait l'objet de la part du législateur¹⁹⁰⁷. Si l'EIRL fait l'objet d'une remise en cause importante et généralisée, le législateur tente néanmoins de renforcer ce statut et son attractivité¹⁹⁰⁸. En dépit de son manque d'attrait, l'EIRL a toujours vocation à favoriser l'entrepreneuriat et la création d'entreprises par les petits professionnels en proposant une structure juridique allégée, tout en assurant la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur

¹⁹⁰² C. com., art. L. 227-1, al. 1 et 2.

¹⁹⁰³ C. com., art. L. 526-1, instauré par la L. n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, *JORF* n° 179 du 5 août 2003, p. 13449, texte n° 1.

¹⁹⁰⁴ L. GODON, « La simplification du droit des affaires ? Le cas de l'entreprise individuelle », in *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, D. BERT, M. CHAGNY et A. CONSTANTIN (dir.), préf. J.-L. DEBRE, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2015, p. 163 et s., spéc. n° 7, p. 169.

¹⁹⁰⁵ V. *supra* n° 446 et s.

¹⁹⁰⁶ V. par ex., s'agissant de la remise en cause de l'affectation d'un artisan institué EIRL et placé en procédure collective sans qu'il soit précisé que celle-ci ne visait que les éléments du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté : Cass. com., 6 mars 2019, n° 17-26.605 ; *D.*, 2019, p. 797, note V. LEGRAND ; *Rev. sociétés*, 2019, p. 421, obs. P. ROUSSEL GALLE ; *RTD com.*, 2019, p. 479, obs. A. MARTIN-SERF. Comp. sur l'assouplissement de cette jurisprudence : Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-19.952 ; *D.*, 2019, p. 2390, note V. LEGRAND.

¹⁹⁰⁷ Dont la dernière en date avec la loi « PACTE » : L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, *JORF* n° 119 du 23 mai 2019, texte n° 2. Sur laquelle v. not. : V. LEGRAND, « EIRL : nouvelle réforme de la loi PACTE », *LPA*, 28 mai 2019, p. 8 ; B. MALLET-BRICOUT, « EIRL et loi PACTE, ou l'insoutenable politique des correctifs législatifs (Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises) », *RTD civ.*, 2019, p. 665.

¹⁹⁰⁸ B. SAINTOURENS, « L'attractivité renforcée du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) à la suite de la loi « Pacte » du 22 mai 2019 (Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 7) », *RTD com.*, 2019, p. 602.

individuel dès lors que l'affectation est « *dotée de la force obligatoire, laquelle s'impose à l'entrepreneur individuel comme aux tiers* »¹⁹⁰⁹.

647. - **Synthèse.** Les progrès en matière de limitation de responsabilité des petits professionnels ont été entrepris par l'instauration d'une multitude de statuts et de régimes visant à garantir une certaine protection et un allègement des contraintes pesant sur les plus petits. Cependant, le panorama ainsi créé n'est pas sans défauts de sorte qu'une unification est en cours de réflexion¹⁹¹⁰. À cette démarche répond également des allègements de responsabilité en matière d'insolvabilité avec la mise en place de procédures alternatives comme le rétablissement professionnel, procédure « *rapide, simple et peu coûteuse* »¹⁹¹¹. En définitive, la limitation de responsabilité a donc connu de belles avancées et bien qu'il ne soit pas question d'encourager « l'irresponsabilité entrepreneuriale »¹⁹¹², les efforts doivent néanmoins être poursuivis tant les petits professionnels méritent, eux aussi, d'avoir leur chance de succès¹⁹¹³.

III. Vers un allègement des sanctions en faveur du petit professionnel

648. - **Explications.** Hormis l'hypothèse relativement rare des dispositions non assorties d'une sanction, toute faute contractuelle, toute carence dans l'exécution d'une obligation appelle à la mise en œuvre d'une sanction. En principe, quel que soit le contractant à l'origine de l'inexécution ou du manquement, il engage sa responsabilité et encourt donc

¹⁹⁰⁹ G. WICKER, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 47 et s., spéc. p. 57.

¹⁹¹⁰ L. GODON, « La simplification du droit des affaires ? Le cas de l'entreprise individuelle », préc., spéc. n° 20 et s., p. 179 et s.

¹⁹¹¹ Ph. ROUSSEL GALLE et F. PEROCHON, « Le rétablissement professionnel, à mi-chemin entre rétablissement personnel et liquidation judiciaire », in *Écrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 233 et s., spéc. p. 241.

¹⁹¹² L'expression est empruntée au Professeur GUEVEL qui fustige le développement des dispositions encourageant le manque d'audace de certains entrepreneurs : D. GUEVEL, « L'encouragement légal de l'irresponsabilité entrepreneuriale », *D.*, 2019, p. 2345.

¹⁹¹³ Il convient de rappeler que le monde économique a largement évolué, avec un contexte de mondialisation particulièrement développée, mais aussi une multiplication des regroupements et des rachats, le tout accompagné par la naissance de multinationales dont l'importance et l'ampleur n'ont jamais été connues par le passé (v. par ex., le poids économique aujourd'hui des « GAFA » : Google, Apple, Facebook et Amazon), ce qui laisse peu de place aux petits entrepreneurs et fait naître de légitimes réticences. Le droit fiscal l'a d'ailleurs bien compris en mettant en place une imposition particulière pour les entreprises d'une certaine taille : v. en ce sens, L. n° 2019-759 du 24 juill. 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, *JORF* n° 0171 du 25 juill. 2019, texte n° 1, sur laquelle : D. GUTMANN, « La « taxe GAFA » : quelques éléments d'analyse », *D.*, 2019, entretien, p. 1704.

une sanction. Toutefois, cette vision stricte de la responsabilité civile doit s'infléchir en présence de petits contractants, comme les petits professionnels, qui ne sont pas toujours à même de maîtriser la situation contractuelle ni les difficultés rencontrées en raison de leurs capacités moins importantes. En ce sens, des outils¹⁹¹⁴ existent pour permettre notamment au juge d'alléger et d'aménager la sanction envisagée. Bien plus, certains secteurs prévoient directement la mise en place de sanctions allégées ou l'absence de sanction en fonction de la situation des acteurs économiques. C'est notamment le cas en droit de la concurrence et de la distribution où des mécanismes sont mis en œuvre pour adapter les pratiques aux règles énoncées. Il s'agit d'un exemple essentiel pour illustrer cette approche relative à l'allègement des sanctions.

649. - **Règlements d'exemption et allègement des sanctions.** Il est de principe que les accords entre entreprises et les pratiques concertées sont prohibés lorsqu'ils sont susceptibles d'affecter le marché et la concurrence¹⁹¹⁵. Ainsi, en matière de distribution les accords de réseau et plus précisément les accords verticaux ont vocation à avoir une influence sur la concurrence et sont susceptibles de porter atteinte aux règles édictées. Pour autant, il est possible de déroger aux dispositions interdisant les accords lorsque ceux-ci « *contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* », ce sans imposer des restrictions ou donner la possibilité d'éliminer la concurrence¹⁹¹⁶. C'est ainsi qu'un dispositif d'exemption par catégorie est mis en place afin de lister les accords qui sont susceptibles d'être autorisés et ceux qui demeurent prohibés. À l'heure actuelle, c'est le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 qui détermine le régime de ces exemptions¹⁹¹⁷ en remplacement du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999¹⁹¹⁸. Cette approche est intéressante en ce qu'elle conduit à ne pas sanctionner certains accords susceptibles pourtant d'influencer la concurrence. Dans l'optique de protection du petit

¹⁹¹⁴ Comme la notion de bonne foi, ou encore des mécanismes tenant à l'octroi de délais pour procéder au paiement de sa dette, à l'exécution de son obligation, etc.

¹⁹¹⁵ TFUE, art. 101§1. Rappr. de la rédaction de l'article L. 420-1 du Code de commerce qui prohibe de la même façon les actions concertées, les ententes, etc.

¹⁹¹⁶ TFUE, art. 101§3.

¹⁹¹⁷ Règl. (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avr. 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* n° L 102 du 23 avr. 2010, p. 1. Sur lequel, v. not. : L. IDOT, « Règlement d'exemption sur les accords verticaux », *Europe*, n° 6, 2010, comm. 212 ; du même auteur : « Aperçu du nouveau régime des accords verticaux », *Europe*, n° 7, 2010, étude 8.

¹⁹¹⁸ Règl. (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 déc. 1999, concernant l'application de l'ancien article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JO* n° L 336 du 29 déc. 1999, p. 21.

professionnel, encore plus séduisante est l'analyse qui repose sur l'appréciation, notamment¹⁹¹⁹, de l'absence de dépassement de seuils de parts de marché. Ainsi, selon l'article 3 du règlement, l'exemption ne peut s'appliquer que si la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché sur lequel il vend les biens ou services, et si corrélativement la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché sur lequel il achète les biens ou services. À cet égard, la mise en œuvre du règlement va nécessiter une approche efficace du marché en cause et de l'éventuel effet cumulatif des réseaux parallèles¹⁹²⁰. En tout état de cause, l'utilisation de cette méthode d'exemption a bel et bien pour effet de limiter les sanctions prévues, à savoir la nullité de plein droit¹⁹²¹ des accords pourtant initialement prohibés et ce à l'égard d'une forme de « petits » professionnels, puisque s'appliquant à des acteurs qui détiennent un pourcentage mesuré de parts de marché. Aussi, l'application de ces seuils sera déterminante pour déclencher ou non les sanctions posées par les textes.

650. - **Synthèse.** Si l'allègement et la limitation des sanctions à l'égard du petit professionnel ne sont pas généralisées, il est possible d'observer l'existence de certains dispositifs, même légaux, permettant de constater, selon les hypothèses, une mise entre parenthèses des sanctions généralement applicables. À côté de ces ouvertures, il convient d'apprécier le développement de pratiques plus « éthiques »¹⁹²² dans les relations d'affaires, notamment par l'élaboration de Codes de bonnes conduites.

IV. Vers une mise en œuvre généralisée des Codes de bonne conduite

651. - **Explications.** Depuis quelques années, de nombreux secteurs professionnels ont décidé la mise en place de règlements spécifiques d'organisation et de fonctionnement de sorte que « *les codes de déontologie, de bonne conduite, les chartes en tout genre se*

¹⁹¹⁹ Le règlement prévoit également l'absence de restrictions caractérisées énumérées à l'article 4 et l'absence de restrictions exclues mentionnées à l'article 5 comme autres conditions d'application à l'exemption.

¹⁹²⁰ Pour une approche détaillée, v. not. : F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-Ch. RODA, *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n° 128 et s., p. 116 et s.

¹⁹²¹ TFUE, art. 101§2. Il n'est pas exclu en outre l'application d'une sanction financière en cas de non-respect des conditions prévues.

¹⁹²² Il faut relever ici que le comportement des parties est le principal vecteur de la relation contractuelle, que ce soit au moment de sa formation, de son exécution, ou encore de son extinction. Le choix de chaque contractant va ainsi déterminer l'orientation de l'opération et des rapports conflictuels ou non.

multiplient »¹⁹²³. Les entreprises n'hésitent plus en outre à adopter ces codes, chartes, et autres guides de bonne conduite¹⁹²⁴ dans le cadre de leurs relations contractuelles¹⁹²⁵. Il est intéressant d'observer la manière avec laquelle le petit professionnel peut profiter de ce phénomène dès lors qu'à l'origine du renforcement d'une certaine éthique contractuelle, ces codes ne peuvent pas ignorer l'existence des petits contractants.

652. - **Essor de la déontologie.** La déontologie est définie comme « *la science des devoirs professionnels* »¹⁹²⁶. Sa mise en œuvre permet d'encadrer le comportement des acteurs économiques par l'adaptation de véritables « *obligations déontologiques* »¹⁹²⁷. En effet, les règles de bonne conduite imposent au professionnel d'agir de manière honnête et loyale en tenant compte de la situation et des intérêts de leur cocontractant. Le professionnel en cause ne doit pas chercher à tromper l'autre partie par des agissements inadéquats. La transmission des informations et les échanges équilibrés entre chaque contractant apparaissent en ce sens essentiels¹⁹²⁸. Et tant faire se peut autant y adapter l'idéal présent en chacun¹⁹²⁹. L'instauration de règles de bonne conduite suppose en outre une certaine bienveillance et la connaissance de son partenaire. Chaque contractant doit être attentif aux caractéristiques de l'autre en s'informant de sa situation, de son expérience et de sa maîtrise contractuelle. Cette obligation d'agir de manière appropriée envers son cocontractant est particulièrement importante dans le cadre des relations du petit professionnel dont le partenaire plus puissant peut avoir tendance à ignorer ou à négliger la situation parfois difficile et inconfortable. Procéder à une distinction entre les professionnels permet ainsi d'optimiser l'application des

¹⁹²³ Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », préc., spéc. n° 5, p. 495.

¹⁹²⁴ C'est-à-dire « *un ensemble de recommandations pratiques [...] qui ont pour objet d'assurer un certain contrôle du comportement* » : P. WIRTZ, *Les meilleures pratiques de gouvernement d'entreprise*, La découverte, coll. repères, 2^e éd., 2019, p. 2.

¹⁹²⁵ Ce que le Professeur FARJAT apparente à de la « *soft law* » : G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques, Études offertes à Berthold GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 47 et s., spéc. p. 48.

¹⁹²⁶ M. DEGUERGUE, « La sanction des manquements à la déontologie », *RDSS*, 2018, 161.

¹⁹²⁷ Sur lesquelles, v. not. : D. GUTMANN, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, t. 44, 2000, p. 115 et s.

¹⁹²⁸ Dans cette optique, chaque partie doit avoir un comportement cohérent et approprié envers l'autre.

¹⁹²⁹ À ce titre, il convient de se remémorer les propos de GENY : « *Étant reconnue l'insuffisance du pur intellectualisme, qui n'aboutissait qu'à un décevant inconnaissable et à un déterminisme paralysant, étant certain, d'autre part, que le sentiment ne peut suppléer la science, il faut accepter les exigences de notre condition complexe et combiner entre elles les nécessités et les ressources qui s'offrent à nous. Ainsi, nous remédierons à la sécheresse de l'analyse par la fécondité, souple et riche, de l'intuition ; en même temps que nous nous soumettrons pleinement au réel, nous saurons y adapter l'idéal qui est en nous ; nous ne ramènerons pas les diverses sciences à la Science, mais, en les pénétrant toutes de l'esprit de libre recherche, nous nous efforcerons de traiter chacune d'elles suivant sa nature et sa méthode propres* », F. GENY, *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, I, Librairie de la Société du « Recueil Sirey », 1927, p. 16 (Personnellement et volontairement souligné).

règles de bonne conduite en fonction de la situation de chacun. L'enjeu n'est donc pas dépourvu d'intérêt pour le petit professionnel.

653. - **Échange de bonnes pratiques et petit professionnel.** La mise en œuvre des codes de bonne conduite ne peut être que bénéfique aux professionnels grâce au renforcement de l'éthique qu'ils apportent. Aussi, un tel code établi spécialement pour le petit professionnel ne peut que lui être favorable et consolider sa prise en compte. C'est notamment ce à quoi tendent les politiques de défense des PME¹⁹³⁰. Les professionnels ne doivent pas être soumis au respect de règles de bonne conduite uniquement dans leurs relations avec des non professionnels mais également entre eux, surtout lorsque l'un d'entre eux est reconnu en position d'infériorité ou est susceptible de rencontrer certaines difficultés. Cela permettrait, par exemple, de prévenir toute attitude discriminatoire ou déloyale vis-à-vis du petit professionnel. Un tel rééquilibrage de la relation redonnerait, en outre, confiance au petit professionnel, éviterait les dérives et résoudrait de nombreuses situations compliquées tant sur le devenir de l'activité du petit professionnel que sur le plan juridique. Tout spécialement, les changements de comportements et d'attitudes envers le petit professionnel déboucheraient sur une évolution des mentalités et apporteraient plus de respect à son égard, cela d'autant plus que la mise en place de codes de bonnes conduites permet d'améliorer l'image et la réputation de l'entreprise signataire grâce aux engagements pris pour les petits professionnels¹⁹³¹.

654. - **Justification et propositions.** Ces dernières années, l'éthique¹⁹³² a connu un véritable essor, particulièrement en droit des affaires. Ce phénomène doit, à l'évidence, profiter en premier lieu au petit professionnel car il serait étonnant que la mise en place de règles de déontologie ne se fasse pas au profit du petit professionnel, principal acteur touché par les mauvaises pratiques exercées¹⁹³³.

¹⁹³⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2008) 394 final, du 25 juin 2008, « Think Small First » : Priorité aux PME, un « Small Business Act » pour l'Europe, spéc. 5., Annexe.

¹⁹³¹ Tout en tenant compte aujourd'hui de la responsabilité sociétale, ainsi que des pratiques environnementales, v. en ce sens : B. FAUVARQUE-COSSON, « L'entreprise, le droit des contrats et la lutte contre le changement climatique », *D.*, 2016, p. 324. L'auteur met notamment en évidence le rôle des entreprises dans la lutte contre le changement climatique, particulièrement au travers des engagements pris et des instruments tels que les « Chartes de développement durable ».

¹⁹³² V. par ex. de manière non exhaustive : B. OPPETIT, « Éthique et vie des affaires », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993, p. 327 et s. ; P. DIENER, « Éthique et droit des affaires », *D.*, 1993, p. 17 ; Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000 ; F. BUY et J. THERON, « L'éthique de l'entreprise », *JCP E.*, n° 25, 2013, 1359.

¹⁹³³ C'est ainsi qu'en matière de concurrence déloyale, par exemple, il a été reconnu que « la loyauté est le point de rencontre entre la déontologie et la concurrence » de sorte que « chaque entreprise doit s'abstenir de

Aussi, des solutions pourraient être apportées par le développement de ce mouvement autour des codes de bonne conduite, entre autres par l'insertion d'explications en amont sur les conditions de prise en compte des acteurs économiques de petites tailles tels que les petits professionnels¹⁹³⁴. Tenir compte de la situation du petit professionnel¹⁹³⁵ et de sa position particulière est essentiel pour assurer l'équilibre de la relation et la confiance dans les rapports contractuels¹⁹³⁶.

Sans tout révolutionner, il serait possible de prévoir une identification de la notion de petit professionnel dans les codes de bonne conduite et, à partir de cette reconnaissance, déclencher un signal permettant d'adapter son comportement avec, par exemple, une obligation de prudence à son égard et vis-à-vis de sa position¹⁹³⁷. En outre, cette identification pourrait aussi conduire à l'application de règles de protection selon la nature du contrat établi.

Enfin, les codes de bonne conduite seraient susceptibles de préconiser les attitudes à avoir vis-à-vis du petit professionnel¹⁹³⁸. Dans l'optique où ces codes ont pour vocation de véhiculer de nouvelles normes et obligations, ils pourraient permettre une certaine visibilité du petit professionnel. Surtout, si ces dispositifs proviennent du droit « souple » et ne bénéficient pas véritablement d'une force réglementaire, ils peuvent néanmoins avoir une force contraignante comme en témoigne la jurisprudence¹⁹³⁹.

655. - **Codes de bonne conduite et singularité du petit professionnel.** Adapter des codes de bonne conduite permettrait certainement de remédier en partie à la situation du petit professionnel. En plus de lui redonner confiance, ils contribueraient à sa protection au travers de sa reconnaissance. Une nouvelle fois, il n'est pas question de fragiliser les rapports contractuels, mais en sa qualité de contractant singulier, le petit professionnel appelle un

certaines actes et de certaines pratiques, peut-être profitables, mais contraires à la loyauté dans la concurrence, et qui bafouent la confiance » : Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, op. cit.

¹⁹³⁴ Ce qui renforcerait, même dans la pratique des affaires, le développement des formes de contrats conclus *intuitu personae* (prise en compte de la qualité du partenaire potentiel), ou encore *intuitu pecuniae* (prise en compte des moyens financiers détenus par le partenaire potentiel) : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, v° « *Intuitu personae* » et « *Intuitu pecuniae* ».

¹⁹³⁵ Par ex., de son statut, de son patrimoine, de ses capacités financières, etc.

¹⁹³⁶ Cela aiderait à prévenir les pratiques discriminatoires, abusives ou déloyales à l'égard du petit professionnel.

¹⁹³⁷ Cela permettrait d'admettre qu'il n'est pas toujours possible de contracter avec un petit professionnel dans les mêmes conditions qu'avec n'importe quel autre professionnel.

¹⁹³⁸ D'un point de vue de transparence, de prise en compte des intérêts, etc.

¹⁹³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2019, n° 17-20.463 ; *Bull. civ. I*, n° 136 ; *D.*, 2019, p. 931, note B. MAISONNAT ; *RTD civ.*, 2019, p. 324, obs. H. BARBIER ; *AJ Contrat*, 2019, p. 243, obs. A.-S. LEBRET ; *CCC*, 2019, comm. 80, note L. LEVENEUR. S'agissant, en l'espèce, de l'application du code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie pour apprécier la licéité du contenu du contrat.

supplément d'attention par rapport aux autres, sans contraintes supplémentaires à l'encontre de son partenaire, ce qui pourrait être contre-productif¹⁹⁴⁰.

656. - **Conclusion de la Section II.** La situation de faiblesse du petit professionnel par rapport aux autres professionnels rend sa position délicate. Soumis de manière indifférente aux mêmes règles et au même régime, le petit professionnel souffre de sa condition particulière et des conséquences de celle-ci. Non seulement, sa petite taille le place dans une posture inconfortable¹⁹⁴¹, mais surtout elle conduit à renforcer sa vulnérabilité en lui imposant des charges particulièrement lourdes en dépit de sa situation. Au-delà de l'injustice qu'il subit, il est justifié d'alléger spécifiquement ses obligations et d'adapter leur impact aux circonstances qui l'entourent¹⁹⁴². Pour ce faire, un rééquilibrage et une amélioration de ses relations contractuelles sont envisageables en recourant aux mécanismes d'allègement étudiés.

657. - **Conclusion du Chapitre II.** La notion de petit professionnel doit jouer un rôle important dans la charge des obligations qui lui sont imposées dans sa relation avec une autre partie. Les allègements déjà mis en place restent insuffisants à son égard en raison des disparités engendrées par sa situation et qui expliquent l'importance d'agir encore à des degrés différents. C'est pourquoi le régime des obligations pesant sur le petit professionnel et qui sont destinées bien souvent à assurer la protection de son cocontractant, doit faire l'objet d'une appréciation nouvelle au regard des particularités de cet acteur économique. Aussi, certaines obligations qui s'imposent à l'ensemble des contractants quels qu'ils soient ne semblent pas et ne doivent pas s'imposer de manière équivalente selon qu'il s'agisse d'un consommateur, d'un professionnel, ou bien d'un petit professionnel.

658. - **Conclusion du Titre I.** Au regard de l'ensemble des développements qui précèdent, il n'est pas sérieusement contestable ni contesté que le petit professionnel se trouve

¹⁹⁴⁰ Tant pour l'équilibre du contrat que pour la sécurité contractuelle, ou encore l'attractivité du droit français, même s'il ne semble pas justifié d'accorder une importance trop importante à ce dernier argument dont l'utilisation relève plus de la politique juridique que de la technique juridique elle-même. En ce sens, il convient de relever que l'attractivité d'un droit n'a jamais été gage de sa légitimité, de son efficacité ou encore de sa simplicité, mais principalement le résultat d'un rapport coût/avantage pour les acteurs économiques l'utilisant. Il repose donc sur une vision purement pragmatique sans tenir compte bien souvent du reste.

¹⁹⁴¹ En ce sens, si sa nature professionnelle n'est pas niée, il a été démontré que sa situation de « petit » est de nature à le faire dépendre des autres (v. *supra* n° 497).

¹⁹⁴² Il convient ainsi d'assurer un renforcement des droits du petit professionnel et de procéder à un allègement de ses devoirs ou obligations, mesures qui le concernent donc directement puisqu'il part avec un retard, ceci par manque de moyens, de capacités, d'information, d'expérience, etc.

acculé par de nombreuses obligations, ce au même titre que les autres professionnels, alors que sa situation est différente. Un tel constat n'est pas gage de justice contractuelle. Si « *une autre manifestation de la justice [contractuelle] consiste à traiter de manière égale chacune des parties quant à leurs droits et obligations* »¹⁹⁴³, certaines raisons peuvent pousser au contraire à agir différemment¹⁹⁴⁴, et le petit professionnel rentre de toute évidence dans ces exceptions. Il a été démontré que ce dernier se trouvait bien souvent dans une position équivalente, voire inférieure, à certains contractants comme le consommateur qui pourtant sont susceptibles de bénéficier d'une attention particulière et paradoxalement sont amenés à profiter des obligations mises à la charge de l'ensemble des professionnels de manière indistincte. « *Aujourd'hui, la partie la plus puissante ou la plus savante n'est pas toujours celle que l'on croit* »¹⁹⁴⁵, de sorte que la différence de capacité qui sépare le professionnel du « simple » particulier profane et qui explique la mise en place d'obligations spécifiques à la charge du premier doit être nuancée en présence d'un petit professionnel. Si ce dernier, en sa qualité de professionnel, est jugé apte à satisfaire les besoins de son cocontractant et semble justifier de son statut de spécialiste, sa petite taille ne lui permet pas bien souvent de rivaliser avec les autres professionnels et donc de répondre avec autant de facilité aux exigences qui sont attendues de lui. En effet, la différence de taille, de moyens, d'expérience et donc inévitablement de maîtrise est de nature à remettre en cause l'égalité entre professionnels ; au contraire, elle motive et justifie, par conséquent, la réduction de certaines contraintes.

Dans ce mouvement d'allègement des obligations mises à la charge du petit professionnel, il convient désormais d'apprécier le renforcement de ses droits, ce afin que sa protection soit véritablement complète et efficace.

¹⁹⁴³ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, J. GHESTIN (dir.), 4^e éd., LGDJ, 2013, t. 1, n° 363, p. 273.

¹⁹⁴⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *ibid.*

¹⁹⁴⁵ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 3124.330.

TITRE II :

L'AMENAGEMENT DES DROITS DU PETIT PROFESSIONNEL

659. - **Présentation.** Face au constat montrant la difficulté du petit professionnel pour affronter les plus puissants, pour se défendre vis-à-vis de certains consommateurs et pour supporter les charges auxquelles il est soumis, une dose de consumérisme pourrait être insufflée dans les dispositions régissant ses rapports¹⁹⁴⁶. S'il est « *par essence débiteur, et non créancier, des dispositions* » protectrices du droit de la consommation¹⁹⁴⁷, un regain de justice contractuelle et un besoin de renforcement de ses droits se font sentir¹⁹⁴⁸. En effet, tout comme la liberté et la sécurité, la justice contractuelle peut être considérée comme un véritable principe directeur du droit des contrats¹⁹⁴⁹ ; elle appelle à ce titre une protection particulière des droits du petit professionnel.

Qu'il s'agisse du droit commun ou des droits spéciaux, des opportunités existent et le petit professionnel est parfois en mesure d'en profiter¹⁹⁵⁰. Il convient cependant de les préciser afin d'envisager une mise en pratique efficace car tendre à plus d'égalité entre contractants peut faire craindre une certaine indifférenciation qui serait source de danger dès lors que chacun ne pourrait plus prétendre à exister en dehors d'une sorte de conformisme. Néanmoins, chercher à rapprocher le petit professionnel des autres acteurs économiques afin de lui permettre

¹⁹⁴⁶ Comme l'a expliqué le Doyen CARBONNIER s'agissant du traitement de l'inégalité de l'un des contractants par le droit de la consommation : « *il y remédie par des règles de protection* », J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens. Les obligations, op. cit.*, [917], p. 1908.

¹⁹⁴⁷ S. TISSEYRE, « La qualité de non-professionnel d'une SCI s'apprécie par rapport à son objet social, et non au regard des mandats de son gérant », *D.*, 2019, p. 2331, note sous Cass. 3^{ème} civ., 17 oct. 2019, n° 18-18.469.

¹⁹⁴⁸ C'est notamment le sens des dispositions de l'article L. 221-3 du Code de la consommation qui étendent dans le cadre des contrats conclus hors établissement certaines règles protectrices du droit de la consommation aux petits professionnels.

¹⁹⁴⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, J. GHESTIN (dir.), 4^e éd., LGDJ, 2013, t. 1, spéc. n° 362, p. 273.

¹⁹⁵⁰ V. *supra* n° 172 et s.

d'exister et d'amorcer un rééquilibrage des relations n'a pas pour but de remettre en question les particularismes actuels mais au contraire, cela doit créer une émulation pour que chacun puisse être reconnu. Il faut ici se rappeler les propos du Doyen RIPERT qui écrivait : « *Ce n'est pas parce que la volonté est faible qu'elle doit être protégée. On sacrifie à une pensée de basse démocratie quand on soutient les faibles à cause de leur faiblesse même* »¹⁹⁵¹. Toutefois, il est possible d'objecter que la volonté peut être empêchée et la faiblesse ne pas être de la responsabilité de celui qui la subit. Il convient par conséquent de rejoindre l'analyse du Professeur MAZEAUD en matière de droit de la consommation et de soutenir en l'adaptant à la situation du petit professionnel que : « *contrairement à bien des idées reçues, ce droit spécial des contrats n'est pas une arme fatale pour les idées de liberté et de sécurité qui sont les deux mamelles de notre théorie générale du contrat* »¹⁹⁵². Entreprendre l'étude de la protection des droits du petit professionnel nécessite en définitive de demeurer ouvert¹⁹⁵³.

660. - **Démarche.** Ajuster les droits du petit professionnel revient à adapter à sa situation spécifique les instruments protecteurs du droit des contrats. Sa position inférieure par rapport à celle de ses cocontractants le contraint bien souvent à se soumettre à leurs conditions¹⁹⁵⁴. Cette démarche nécessite donc de la prudence : un « assistantat » trop exacerbé du petit professionnel ne pourrait-il pas engendrer une perte de vitesse du système protectionniste ? En effet, étendre le champ d'application des dispositions protectrices peut apparaître risqué¹⁹⁵⁵, d'où l'importance d'une protection proportionnée et équilibrée à la situation du petit professionnel ainsi qu'à celle des autres contractants. Il s'agit de réfléchir aux évolutions dont pourrait bénéficier le petit professionnel au regard des techniques contractuelles qui existent déjà ; le protéger amène à se pencher sur les outils substantiels susceptibles d'améliorer sa situation. Par ailleurs, la mise en place de mécanismes concrets de

¹⁹⁵¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 58, p. 101.

¹⁹⁵² D. MAZEAUD, « La formation du contrat », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 87 et s., spéc. 89. Aussi, « *la liberté contractuelle et la sécurité juridique ont encore de très beaux restes dans le droit de la formation des contrats* » (*ibid.*), qu'il s'agisse de ceux conclus en matière de consommation, ou en présence d'un petit professionnel.

¹⁹⁵³ Tout en gardant à l'esprit la pensée de DESCARTES : « *la diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverses voies, et ne considérons pas les mêmes choses* », R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, présentation par L. RENAULT, éd. avec dossier, GF Flammarion, Paris, 2000 (m.à.j. 2016), p. 29 et 30.

¹⁹⁵⁴ Ceci sous l'aspect de contrats négociés mais sans réelle existence de négociations s'agissant, par exemple en pratique, de l'échange de conditions générales ou de conditions particulières sans véritables discussions.

¹⁹⁵⁵ En ce sens, L. LEVENEUR, CCC, mars 1994, chron. 3, p. 1, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1993. Concernant précisément l'extension du champ d'application du droit de la consommation, l'auteur indique : « *plus ce domaine s'étend et moins le degré de protection qu'il s'agit d'atteindre peut s'élever. Une bonne protection des vrais consommateurs ne peut être mise en place que si le bénéfice des règles destinées à les protéger n'est pas susceptible de s'étendre à la quasi-totalité des agents économiques dont les besoins de protection ne sont pas tous identiques* ».

protection ne présente aucun intérêt si ceux-ci ne sont pas accompagnés d'outils permettant d'assurer leur exercice et donc leur effectivité. C'est pourquoi, l'approche justifie également de s'intéresser aux outils processuels mis en place pour assurer la défense des droits acquis par le petit professionnel¹⁹⁵⁶.

661. - **Plan.** Il est donc nécessaire de renforcer, c'est-à-dire de garantir les droits du petit professionnel (**Chapitre I**) et aussi d'assurer leur préservation, c'est-à-dire de permettre l'exercice effectif de ces droits (**Chapitre II**).

- **Chapitre I : Le renforcement des droits du petit professionnel par des outils substantiels**
- **Chapitre II : La préservation des droits du petit professionnel par des outils processuels**

¹⁹⁵⁶ Cette approche est d'autant plus indispensable lorsqu'il est reconnu que le petit professionnel, tout comme le consommateur ou tout autre contractant en état de faiblesse, doit surmonter certaines difficultés pour assurer la défense de ses droits : coût, accès au droit, délais, etc. ceci en étant susceptible de craindre les conséquences d'une action engagée à l'encontre de ses partenaires contractuels.

Chapitre I :

Le renforcement des droits du petit professionnel par des outils substantiels

662. - **Présentation.** Le petit professionnel est constamment amené à conclure des contrats divers pour exploiter et faire vivre son activité : il emprunte, achète, vend, assure des services, emploie du personnel, etc. Tout cela le pousse à prendre des risques et à se retrouver dans des situations difficiles pour la poursuite de son activité. Contraint plus que d'autres, il est soumis à la pression, aux abus et aux déséquilibres propres aux relations contractuelles disproportionnées. La lutte contre les abus dans le contrat et les déséquilibres contractuels constituent une préoccupation actuelle évidente¹⁹⁵⁷. En la matière, le droit européen des contrats a fait office de précurseur¹⁹⁵⁸. Il n'est cependant pas simple d'identifier les règles propres à assurer la protection des professionnels et en l'occurrence du petit professionnel. Il a notamment été relevé que « *si le droit du travail et le droit de la consommation sont des droits catégoriels, identifiant explicitement un contractant vulnérable et l'autre, détenteur de pouvoir, il n'en va pas de même de l'appréhension des contrats entre professionnels. L'inégalité qui s'y manifeste n'est alors pas spécifiquement encadrée par le droit. [...] Il est alors difficile de dégager un régime d'encadrement de l'inégalité dans les contrats entre professionnels* »¹⁹⁵⁹. Le petit professionnel doit néanmoins servir de matrice pour amorcer une

¹⁹⁵⁷ S'agissant du législateur : v. la récente réforme du droit des contrats avec l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 et la L. de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018 qui ont particulièrement tenu compte de l'objectif de protection de la partie faible dans le contrat. S'agissant de la doctrine, qui ne demeure pas insensible à la question des déséquilibres contractuels quels que soient les contractants touchés par ceux-ci et les domaines concernés, v. not. : Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, 2015, p. 1217 ; W. CHAIEHLOUDJ, « La lutte contre le déséquilibre dans les contrats de la propriété intellectuelle. Regard prospectif après la réforme du droit civil des contrats », *RTD com.*, 2017, p. 527.

¹⁹⁵⁸ Que ce soit au travers des Principes du droit européen des contrats, ou encore du Projet de Cadre Commun de Référence, des instruments de protection ont été pensés pour lutter contre certains déséquilibres comme les clauses abusives (v. par ex., PDEC, art. 4 :110).

¹⁹⁵⁹ F. ROGUE, *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. M. AUDIT, postface L. MAUGER-VIELPEAU, Bibliothèque des thèses, éd. Mare & Martin, 2017, n° 854, p. 497.

certaine identité de protection. Plusieurs approches peuvent être envisagées pour appréhender la question des droits contractuels du petit professionnel. Si une démarche classique consistant à traiter de la protection mise en œuvre au stade de la formation du contrat, puis au stade de son exécution peut sembler pertinente, il paraît plus judicieux de privilégier un cheminement conduisant à mettre en évidence les véritables besoins de protection du petit professionnel.

663. - **Plan.** La protection substantielle du petit professionnel dans le cadre de ses relations contractuelles passe donc inévitablement par la protection toute particulière de son consentement (Section I), ainsi que par la protection plus générale contre les déséquilibres (Section II).

Section I : La protection du consentement du petit professionnel

664. - **Présentation.** Le consentement constitue, avec la capacité, une condition essentielle à la formation du contrat, c'est « *l'essence du contrat* »¹⁹⁶⁰, raison pour laquelle il est nécessaire d'encadrer le consentement du petit professionnel¹⁹⁶¹. Ainsi, il convient de reprendre et d'analyser les mesures qui permettent de garantir un consentement libre et éclairé¹⁹⁶². Comme relevé, « *la nouvelle conception des rapports contractuels tient compte des inégalités de fait* », en l'occurrence, de l'inégalité subie par le petit professionnel, de sorte que si « *l'amenuisement de la liberté contractuelle se précise dans les rapports entre*

¹⁹⁶⁰ R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, Systèmes Droit, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 49, p. 45.

¹⁹⁶¹ Dans une approche générale de la protection du professionnel, le Doyen MESTRE a ainsi pu relever que « *négliger [...] la protection de son consentement serait quand même très regrettable* » : J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249 et s., spéc. p. 252. Adde, D. MAZEAUD, « La formation du contrat », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 87 et s. Le Professeur MAZEAUD rappelle notamment : « *Chacun sait que, très fréquemment, la conclusion d'un contrat est le produit d'un rapport de forces inégalitaires et que la liberté qui se déploie alors est unilatérale, ce qui se traduit inéluctablement par la rédaction unilatérale du contrat par le contractant dominant économiquement* », spéc. p. 89.

¹⁹⁶² Pour cela, il convient de garder à l'esprit l'enseignement du Professeur DEJEAN DE LA BÂTIE : « *si l'on considère les règles protectrices tendant à assurer la liberté du consentement dans la formation des actes juridiques, on observera inévitablement que les individus de caractère faible ou de jugement limité risquent, plus que d'autres, de se voir entraînés à souscrire des engagements ne répondant pas à leur volonté profonde, et ont par conséquent besoin de protection dans des cas où d'autres, psychologiquement mieux armés, ne risqueraient pas de voir leurs intérêts compromis* », N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. MAZEAUD, LGDJ, 1965, n° 214. S'agissant précisément du petit professionnel, il a été précédemment relevé que le besoin de protection résultait essentiellement de l'infériorité économique mise en évidence par sa petite taille corrélative à ses moyens limités.

professionnels »¹⁹⁶³, elle doit se concrétiser par une véritable protection de celui-ci et tout spécialement de son consentement. Il convient alors de souscrire aux propos du Doyen MESTRE : « *c'est dire que la protection du consentement du professionnel devrait pouvoir à l'avenir s'exercer de manière efficace. Alors, certains objecteront qu'il en résulte une insupportable insécurité pour des contrats le plus souvent économiquement lourds et de longue durée. Mais il est permis de penser que les tribunaux sauront également ne pas être insensibles à cet évident besoin de prévisibilité. Simplement, devraient-ils avoir le souci de sanctionner, même entre professionnels, l'inadmissible ou, pour reprendre la terminologie de l'art. 1152 c. civ., l'excès manifeste* »¹⁹⁶⁴. Beaucoup de mécanismes ont été mis en place pour assurer la protection du consentement des contractants faibles. Qu'en est-il alors précisément pour le petit professionnel ?

665. - **Plan.** Les perturbations dont est susceptible de souffrir le consentement du petit professionnel sont multiples, elles peuvent prendre différentes formes et survenir à différents stades. C'est pourquoi, des moyens doivent être mis en œuvre pour protéger le consentement du petit professionnel qu'il s'agisse de mesures préventives (I) ou curatives (II).

I. La protection du consentement par des outils préventifs

666. - **Présentation.** Au même titre que le consommateur, le petit professionnel ne doit pas être protégé par le droit parce qu'il se retrouve toujours lésé, mais « *parce qu'il est susceptible de l'être* »¹⁹⁶⁵, ce qui justifie en l'occurrence la mise en place de mécanismes préventifs de protection.

667. - **Plan.** Lors de la négociation d'un contrat, le petit professionnel peut souffrir de plusieurs déficits : informationnel ou encore de maladresse, voire d'immaturation et de naïveté. Pour cela, il est nécessaire d'analyser le droit à l'information (A), et le droit à la réflexion (B) auxquels il peut prétendre.

¹⁹⁶³ D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *D.*, 1980, chron., p. 177 et s., spéc. n° 5.

¹⁹⁶⁴ J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », préc., spéc. p. 258.

¹⁹⁶⁵ J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 244.

A. Le droit à l'information du petit professionnel

668. - **Informations précontractuelles. Généralités.** L'information étant au centre des préoccupations des contractants¹⁹⁶⁶, et plus récemment du législateur, elle a pris une importance particulière¹⁹⁶⁷. Si le petit professionnel se retrouve débiteur d'une obligation d'information relativement lourde¹⁹⁶⁸, il peut et doit aussi, dans certains cas, en être le bénéficiaire¹⁹⁶⁹. Du point de vue de la partie en situation d'infériorité, l'obligation d'information est à l'évidence le mécanisme le plus adapté pour protéger le consentement. Elle est fondée « *sur l'idée que la liberté contractuelle, faute de lucidité du consentement n'est qu'un leurre* »¹⁹⁷⁰. Ainsi, l'information fournie au contractant, en l'occurrence au petit professionnel, lui donne d'exprimer un consentement lucide et éclairé lors de la formalisation du contrat. Elle lui permet, en effet, de rétablir sa liberté de consentement en dépit de l'inégalité de la relation existante. À défaut, le petit professionnel ne serait pas en mesure d'exercer pleinement sa liberté contractuelle. Or, il a pu être relevé que le savoir ou encore la compétence constituent « *une source de pouvoirs sans doute sous-estimée par les juristes* »¹⁹⁷¹. Cependant, les choses évoluent. Avec la réforme du droit des contrats, chaque contractant est désormais créancier et bénéficiaire d'une obligation d'information.

669. - **Un besoin d'information renforcé pour le petit professionnel ?** Le Professeur GHESTIN a très clairement souligné que le « *but essentiel de l'obligation d'information est d'essayer de remédier à l'infériorité d'une certaine catégorie de*

¹⁹⁶⁶ En effet, il est établi que « *l'information est une véritable richesse* » pour les parties au contrat : J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 248.

¹⁹⁶⁷ Pour certains, en effet, « *l'information, c'est le pouvoir* » : J. GRISHAM, *Le contrat*, trad. J.-F. HEL GUEDJ, éd. Robert Laffont, 2008, p. 84. Plus largement, le romancier Dan ABNETT a eu l'occasion d'écrire : « *Knowledge is power* », autrement dit « *le savoir, c'est le pouvoir* » : D. ABNETT, *Titanicus, The God-machines go to war*, Warhammer 40.000, Novel, 10011. Ces réflexions donnent une idée de l'importance consistant à être mis au courant des choses, particulièrement dans le cadre de la conclusion d'un contrat, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un contrat d'affaires, ou d'un simple contrat conclu entre particuliers.

¹⁹⁶⁸ V. *supra* n° 523 et s.

¹⁹⁶⁹ La question relative à la manière de l'informer sur ses droits et obligations se pose alors. Il est constant que « *l'information n'est pas gratuite, mais a un coût* », J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », préc., spéc. p. 248. Cette vérité est particulièrement prégnante dans les relations entre professionnels où chacun va tenter de tirer partie de son avantage. De toute évidence, le petit professionnel n'est pas en mesure de se confronter à n'importe quel contractant dès lors qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour acquérir autant d'informations que les autres.

¹⁹⁷⁰ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291 et s., spéc. n° 16.

¹⁹⁷¹ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 69.

contractants »¹⁹⁷². Éclairer le consentement du petit professionnel doit donc être un souci essentiel du droit positif. Dès lors qu'il se trouve dans une situation d'infériorité avérée, il est logique de s'interroger sur la nécessité pour le petit professionnel de bénéficier d'un droit à l'information renforcé, ainsi que sur la capacité d'un tel outil à pallier le déséquilibre créé à son détriment, par sa petite taille. À la lecture des propos du Professeur MOLFESSIS, le doute n'est pas permis : « *Comment ne pas reconnaître que l'ignorance de ses droits et obligations constitue, pour le contractant, consommateur, salarié, voire également professionnel, un handicap et une source d'inégalités ?* »¹⁹⁷³. De la même manière, le Professeur FARJAT a constaté que le fait d'être capable et de savoir constituait « *une source de pouvoir inévitable à une époque de complexification des rapports sociaux* »¹⁹⁷⁴. En l'occurrence, la complexité des relations, la complexité des réglementations, ou encore la complexité des mécanismes contractuels prennent une ampleur considérable dans la situation du petit professionnel. C'est d'ailleurs pourquoi certains professionnels ont pu bénéficier, selon les cas, de l'obligation d'information lorsqu'il a notamment été avéré que les moyens dont ils disposaient ne leur permettaient pas d'assurer un accès optimal à l'information¹⁹⁷⁵, et de toute évidence le petit professionnel en fait partie. De même, le législateur a parfois prescrit une obligation d'information au bénéfice d'une grande partie des contractants et notamment du professionnel.

670. - **Le devoir précontractuel d'information du droit commun : une protection généralisée ?** Issu des dispositions de l'article 1112-1 alinéa 1^{er} du Code civil, le devoir précontractuel d'information a fait son entrée dans le Code civil à l'occasion de la réforme du droit des contrats. Cette consécration a vocation à protéger la partie faible quel que soit son statut : particulier, consommateur, profane, ou encore professionnel. Au travers de la généralisation de l'obligation d'information ainsi conçue, il est possible de percevoir les prémices d'un encadrement généralisé de la protection des contractants en situation

¹⁹⁷² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 4^e éd., LGDJ, 2013, t. 1, n° 1517.

¹⁹⁷³ N. MOLFESSIS, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 927, spéc. n° 32, p. 951. Aussi, l'auteur met en évidence que « *la complexité des mécanismes contractuels, dont se jouent précisément les grandes entreprises qui font la masse des actes juridiques, est une source de domination pour les uns et de sujétion pour les autres* ».

¹⁹⁷⁴ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, op. cit., p. 69.

¹⁹⁷⁵ En ce sens : J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », préc., s'agissant notamment, à cette époque, des professionnels qui contractaient en dehors de leur sphère de compétence, pour lesquels la jurisprudence adoptait les mêmes solutions que pour le consommateur.

d'infériorité. Au-delà de la qualité de telle ou telle partie, la protection du consentement a vocation à être assurée et donc à bénéficier à tous, notamment au petit professionnel. Les limites de cette approche sont cependant perceptibles dès lors que la partie débitrice doit « connaître » l'information, le partenaire prétendument plus avisé pouvant toujours prétendre ne pas avoir connaissance d'une donnée précise quand bien même elle serait déterminante. Si la formule choisie par le législateur n'a vraisemblablement pas pour objectif de limiter le devoir de renseignement du professionnel en situation de force, elle interroge tout de même sur l'étendue de la protection accordée.

Il faut néanmoins relativiser les craintes au regard des avancées engendrées par une telle innovation, comme l'illustre notamment la volonté de déconnection de la réticence dolosive et du devoir précontractuel d'information. Alors que pendant un certain temps, la réticence dolosive pouvait être pensée comme étant liée au devoir précontractuel d'information¹⁹⁷⁶, il est désormais certain que les deux mécanismes sont découplés¹⁹⁷⁷. Aussi, le législateur a voulu à l'évidence protéger les contractants qui, comme le petit professionnel, peuvent se retrouver victimes de leur manque de diligence ou du comportement malintentionné de leur partenaire¹⁹⁷⁸. En outre, la protection est aussi assurée par la sanction du manquement au devoir d'information qui est susceptible de conduire à l'annulation du contrat dans les conditions prévues pour les vices du consentement¹⁹⁷⁹.

671. - Obligation précontractuelle d'information et droits spéciaux : une protection ciblée en faveur du petit professionnel ? La protection apportée par le droit de la consommation en matière d'obligation précontractuelle d'information dans le cadre des contrats conclus hors établissement a précisément été étendue au petit professionnel. Cette obligation est, en effet, directement visée par les dispositions de l'article L. 221-5 du Code de la consommation auxquelles renvoie l'article L. 221-3 du même Code. Il est également prévu la mise en œuvre d'un formalisme précis afin que ces informations soient délivrées suivant certaines conditions¹⁹⁸⁰. Il s'agit d'une véritable avancée en faveur de la protection du

¹⁹⁷⁶ V. not, l'article 1136 tel que rédigé dans le projet de réforme du droit des contrats rendu public le 25 févr. 2015, qui définissait notamment la réticence dolosive comme : « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre [...] par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi* ». En ce sens, J. GHESTIN, « Observations générales », *LPA*, 3-4 sept. 2015, p. 28-31.

¹⁹⁷⁷ C. civ., art 1137, selon lequel « *constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ».

¹⁹⁷⁸ En effet, admettre l'existence d'une connexion entre la réticence dolosive et le devoir d'information suggérerait de remettre en cause le principe découlant de l'art. 1139 du C. civ., selon lequel « *l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable* ».

¹⁹⁷⁹ C. civ., art. 1112-1, al. 6.

¹⁹⁸⁰ C. consom., art. L. 221-8, dont les dispositions sont également applicables au petit professionnel.

consentement des petits professionnels, même si elle ne vise qu'une catégorie très restreinte de ces acteurs¹⁹⁸¹ qui doivent, de surcroît, agir en dehors de leur champ d'activité.

Par ailleurs, il a été précédemment relevé l'existence d'une obligation précontractuelle d'information en droit de la distribution issue des dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce¹⁹⁸². Cette obligation d'information à la charge du concédant n'a toutefois pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des relations de distribution¹⁹⁸³ et ne tend pas, contrairement à l'approche apparue en droit de la consommation, à profiter spécifiquement au petit professionnel¹⁹⁸⁴.

Au niveau européen, il y a lieu de relever que la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente envisageait expressément une obligation précontractuelle d'information entre professionnels portant sur la délivrance de toutes les informations relatives aux caractéristiques principales du bien ou du service¹⁹⁸⁵ et dont la mise en œuvre apparaissait cependant limitée par de nombreuses considérations¹⁹⁸⁶.

672. - **Synthèse.** L'ignorance des contractants constitue indiscutablement une faiblesse fondamentale et celle-ci s'accroît naturellement en fonction de la position des parties au contrat. Par manque de moyens, le petit professionnel ne dispose pas des mêmes conditions d'accès à la connaissance et donc à l'information¹⁹⁸⁷. La nécessité de délivrer un maximum de détails doit présider à tous les engagements de chaque contractant afin d'éviter les mauvaises surprises et leurs conséquences. La vigilance du législateur et celle du juge doivent être omniprésentes pour défendre le droit à l'information dont le petit professionnel a besoin pour contracter dans les meilleures conditions, tant pour l'information qu'il doit d'abord recevoir et ensuite retransmettre, que sur la loyauté de ses cocontractants à son égard au moment de la délivrance.

¹⁹⁸¹ Pour rappel, il s'agit des professionnels qui emploient un nombre inférieur ou égal à cinq salariés.

¹⁹⁸² Selon cet article : « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause ».

¹⁹⁸³ Néanmoins, ces dispositions sont susceptibles de trouver un certain renouveau avec l'apparition de l'obligation d'information de droit commun. Sur leur comparaison et leur articulation : A. RIERA, « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *AJ Contrats*, 2017, Dossier, p. 155.

¹⁹⁸⁴ V. *supra* n° 543.

¹⁹⁸⁵ DCEV, art. 23.

¹⁹⁸⁶ Not. les connaissances techniques de l'autre professionnel, les coûts encourus, la nature des informations, etc. (DCEV, art. 23, paragraphe 2).

¹⁹⁸⁷ De sorte qu'il peut facilement être intégré à la catégorie des « ignorants légitimes ».

B. Le droit à la réflexion du petit professionnel

673. - **Présentation et définition.** La question de la mise en place de délais de réflexion ou de rétractation en faveur d'un contractant a été pensée dès la seconde moitié du XX^e siècle « *dans un souci d'humanisation du droit* »¹⁹⁸⁸, ce malgré les réticences exprimées et notamment le risque de remise en cause de la force obligatoire des contrats¹⁹⁸⁹, ou encore la mise en place d'une formation différée du contrat¹⁹⁹⁰. Pour autant, la « *protection par la réflexion* »¹⁹⁹¹ a petit à petit pris sa place dans le paysage juridique contractuel, notamment en droit de la consommation¹⁹⁹². Ces mécanismes de protection tendent ainsi à répondre au besoin d'expression d'un consentement libre et éclairé de la part de chaque contractant. Aussi, ils sont désormais définis par le droit commun et spécialement l'article 1122 du Code civil qui dispose : « *La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement* ». Faut-il instaurer des délais spécifiques de réflexion ou de rétractation au profit du petit professionnel sur le même modèle que ce qui existe pour le consommateur¹⁹⁹³ ?

674. - **La nécessité d'un délai de réflexion ?** Si l'impact du délai de réflexion est parfois discutable pour le consommateur¹⁹⁹⁴, le petit professionnel a un tout autre intérêt à prendre le temps de s'intéresser aux conditions contractuelles puisque l'opération s'inscrit bien souvent dans le développement de son activité. Aussi, un délai de réflexion aménagé et spécifique à son égard peut lui permettre de rechercher les informations qu'il n'a pas, de se mettre dans les meilleures conditions pour contracter et donc de se préserver. Ce délai de

¹⁹⁸⁸ D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *D.*, 1980, chron., p. 177 et s., spéc. n° 1.

¹⁹⁸⁹ D. FERRIER, art. préc., spéc. n° 2.

¹⁹⁹⁰ D. MAZEAUD, « La formation du contrat », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 87 et s., spéc. p. 93

¹⁹⁹¹ D. MAZEAUD, « La formation du contrat », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *op. et loc. cit.*

¹⁹⁹² D. BOSCO, *Le droit de rétractation, D'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats*, Mémoire, sous la direction de C. PRIETO, Aix-Marseille, 1999.

¹⁹⁹³ Tout particulièrement en matière de contrats conclus à distance ou hors établissement avec les dispositions des articles L. 221-18 et s. du Code de la consommation.

¹⁹⁹⁴ Pour lequel s'agissant de la mise en place d'un délai de réflexion ou de rétractation, « *il est possible de douter de l'efficacité de ce type de protection, le consommateur n'étant guère enclin à lire scrupuleusement les conditions générales contractuelles qui lui sont soumises ou à profiter d'un délai pour véritablement réfléchir sur l'opportunité de l'opération, avant de contracter* » : J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 260.

réflexion supplémentaire pourrait ainsi équilibrer les relations en ce sens qu'il compenserait en partie le manque de moyens comme, par exemple, le service juridique qui fait souvent défaut au petit professionnel.

675. - **Le besoin d'un délai de rétractation ?** Il est de principe que le consommateur bénéficie d'un large droit de rétractation en cas de contrats conclus à distance et hors établissement¹⁹⁹⁵. La question de l'extension de certaines normes protectrices comme le droit de rétractation du consommateur à d'autres parties a été posée par la doctrine. L'ambiguïté des réponses apportées laisse planer le doute quant à son effective mise en œuvre s'agissant de l'existence d'un délai de rétractation. Le Professeur PAISANT a ainsi mis en évidence les risques d'atteinte à la sécurité du commerce juridique résultant de « *l'usage du droit de rétractation dans les contrats conclus à distance entre professionnels* »¹⁹⁹⁶. En dépit des craintes exprimées, il est désormais prévu que certains petits professionnels puissent tirer parti d'un tel droit.

676. - **Instauration d'un délai de rétractation au profit du petit professionnel.** Au même titre que pour l'obligation précontractuelle d'information, l'article L. 221-3 du Code de la consommation ouvre la porte à l'application des dispositions protectrices du droit de la consommation au petit professionnel dans l'hypothèse des contrats conclus hors établissement. Ce faisant, il renvoie précisément à l'article L. 221-18 du Code de la consommation qui prévoit la mise en place d'un délai de rétractation de quatorze jours pour exercer le droit de rétractation. Afin de bénéficier de ces dispositions, le petit professionnel doit agir en dehors du cadre de son activité professionnelle. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a récemment jugé « *que le professionnel employant cinq salariés au plus, qui souscrit, hors établissement, un contrat dont l'objet n'entre pas dans le champ de son activité principale, bénéficie des dispositions protectrices du consommateur* », considérant que « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que le tribunal d'instance a estimé qu'un contrat d'insertion publicitaire n'entrait pas dans le champ de l'activité principale* » de la partie en cause¹⁹⁹⁷. Bien que marginale en ce qu'elle

¹⁹⁹⁵ C. consom., art. L. 221-18. L'article prévoit ainsi un délai de quatorze jours au profit du consommateur pour exercer son droit de rétractation. À noter que le consommateur est dispensé de motiver sa décision et n'a pas à supporter les coûts relatifs à sa mise en œuvre.

¹⁹⁹⁶ G. PAISANT, « Les perspectives de la protection des droits des consommateurs », in *Aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius, 2011, p. 207 et s., spéc. p. 209.

¹⁹⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2019, n° 18-22.525.

intéresse uniquement le cas des contrats conclus hors établissement par le professionnel employant cinq salariés au plus, et qui agit en dehors du cadre de son activité principale, cette hypothèse conduit à instaurer une véritable protection de ce contractant particulier et prépare le chemin pour d'autres initiatives dans le même sens.

677. - **Synthèse.** Le temps peut être un véritable atout pour le petit professionnel. En effet, un délai de réflexion et/ou un délai de rétractation adaptés pourraient l'aider à rechercher les informations qui lui font défaut, apprécier l'équilibre de l'opération envisagée et se préserver des éventuels abus de son cocontractant plus puissant¹⁹⁹⁸. Il faut être conscient des limites de cette approche et de l'impossibilité à tout prévoir en amont. C'est alors que d'autres moyens doivent être mis en œuvre pour protéger le petit professionnel.

II. La protection du consentement par des outils curatifs

678. - **Explications.** Les pouvoirs du petit professionnel sont limités, particulièrement dans le poids de la négociation. Bien évidemment, cet acteur sait parfaitement qu'un contrat engage et n'a aucune illusion à ce sujet, mais il s'agit tout de même d'équilibrer la relation qu'il a avec son cocontractant et dans laquelle il est lésé par sa position inférieure due à sa petite taille. Néanmoins, le plus faible peut tout à fait contracter avec le plus puissant ; il faut pouvoir assurer le droit à l'égalité, donc garantir également le bon déroulement de relation contractuelle et par ricochet, de l'activité du petit professionnel.

679. - **Plan.** Pour ce faire, l'examen du renouvellement de la théorie des vices du consentement (A), du renouvellement de la théorie de l'abus (B) et de la consécration de la bonne foi (C) s'impose.

A. Renouvellement de la théorie des vices du consentement et petit professionnel

680. - **Présentation.** Depuis la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 et de la loi de ratification du 20 avril 2018, la théorie des vices du

¹⁹⁹⁸ Cela permettrait d'aider le petit professionnel en lui redonnant plus d'assurance et de confiance.

consentement a été renforcée et, dans une certaine mesure, renouvelée afin de protéger la partie faible. Des évolutions jurisprudentielles et des réflexions doctrinales sont également à l'œuvre pour rétablir une égalité entre les parties.

681. - **Élargissement du vice de violence et petit professionnel.** Les traditionnels vices du consentement connus en droit français sont l'erreur, le dol et la violence¹⁹⁹⁹. Si quelques précisions et ajustements ont été apportés s'agissant de l'erreur et du dol, c'est bien la violence qui semble avoir subi le plus de transformations à la suite de la réforme. Comme par le passé, la violence implique toujours une « contrainte », une « menace »²⁰⁰⁰. Cependant, la principale nouveauté réside dans l'admission de l'abus de l'état de dépendance du cocontractant²⁰⁰¹. Comment alors ne pas penser au petit professionnel dont il a été démontré qu'il se trouvait généralement dans une position inférieure à son partenaire contractuel, ce qui le confine pour la majorité des cas dans une certaine dépendance bien souvent économique à l'égard de son cocontractant²⁰⁰². Inspiré en grande partie par les projets européens²⁰⁰³, cet instrument semble, en théorie, répondre parfaitement à la situation du petit professionnel et pourrait laisser croire que celui-ci est suffisamment protégé. Toutefois, loin de répondre aux difficultés rencontrées par cet acteur, l'application du nouveau vice de violence risque de demeurer un espoir déchu. Alors que certains auteurs s'inquiètent et mettent en garde contre une utilisation « déraisonnable » de ce mécanisme de protection²⁰⁰⁴, il y a fort à penser qu'il ne sera pas facile pour le contractant lésé, comme pour le petit professionnel, de mettre en

¹⁹⁹⁹ C. civ., art. 1130.

²⁰⁰⁰ À noter que pour certains auteurs, la violence n'est pas véritablement un vice du consentement en soi mais « la cause d'un vice », la crainte viciant alors le consentement : M. LATINA et G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 331, p. 284-285.

²⁰⁰¹ C. civ., art. 1143.

²⁰⁰² Il est intéressant de relever que la formule choisie par l'article 1143 du Code civil est très large puisqu'il est mentionné, sans autres précisions, « l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard » et non la seule « dépendance économique ». Or, il est constant que la définition de « l'état de dépendance » demeure incertaine (v. not. : G. CHANTEPIE et M. LATINA, « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.*, 2018, p. 309). Cependant, la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018 a estimé utile l'insertion des termes « à son égard » ce qui rend nécessaire la comparaison de la situation de chaque contractant et rapproche très certainement l'analyse de la dépendance économique de l'une des parties sur l'autre, puisque la faiblesse intrinsèque d'une partie ne peut pas être prise en compte.

²⁰⁰³ V. par ex., PDEC, art. 4 : 109 qui sanctionne le profit excessif ou l'avantage déloyal obtenu au détriment de la partie lésée, notamment lorsqu'« elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation » (art. 4 : 109, (1), (a)). Les hypothèses évoquées par ce texte ne peuvent pas laisser insensible au regard de la position du petit professionnel qui semble calquée sur ces situations.

²⁰⁰⁴ En ce sens, G. LOISEAU, « La violence économique : du vice à la vertu », *Cah. soc.*, n° 272, 2015, p. 153, obs. sous CA Versailles, 16 déc. 2014, n° 14/00880.

œuvre cet instrument²⁰⁰⁵. En effet, en plus d'établir son « état de dépendance à l'égard de son cocontractant », cet acteur devra également prouver l'existence d'un « abus » et démontrer que l'autre partie en a tiré un « avantage manifestement excessif ». Autant de paramètres qui laissent planer un doute sur l'efficacité d'un tel instrument à l'égard de la partie faible dont le champ apparaît assez restreint et qui sera en grande partie tributaire du rôle que lui accorderont les juges²⁰⁰⁶. Si cette démarche peut être assimilée sous certains aspects à une insertion de la lésion dans le droit commun des contrats, ce mécanisme demeure rattaché à la violence ce qui en limite considérablement la portée²⁰⁰⁷. C'est pourquoi, il est nécessaire de se tourner vers une appréhension véritable de la lésion, notion encore largement débattue.

682. - **Un regain de justice contractuelle pour le petit professionnel : le recours à la lésion.** Les réticences du droit commun pour l'adoption de la lésion, entendue « *comme le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence économique, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles* »²⁰⁰⁸, ne sont pas nouvelles²⁰⁰⁹. Elles s'expliquent tout d'abord par le fait que la nature juridique de la lésion n'est pas précisément déterminée²⁰¹⁰ de sorte qu'une conception « mixte » a été proposée²⁰¹¹. Pour autant, il a été admis que certains contrats puissent être annulés pour lésion dans des conditions bien précises. C'est particulièrement le cas en matière immobilière, si le prix de vente de l'immeuble est inférieur aux cinq douzièmes de sa valeur, le vendeur peut solliciter la rescision de la vente²⁰¹², ou encore en matière de partage, lorsqu'un copartageant a été lésé de plus du quart, il pourra réclamer un complément de

²⁰⁰⁵ V. not. : M. LATINA et G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 340, p. 294. Rapp. N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 46.

²⁰⁰⁶ Sur ce point, il convient de rappeler la réticence dont faisaient preuve les juges dans l'application stricte de la violence économique telle qu'elle était perçue antérieurement à la réforme. En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, préc., et Cass., 1^{ère} civ. 3 avr. 2002, n° 00-12.932, préc.

²⁰⁰⁷ Tant au regard des conditions strictes de son application, que des sanctions envisageables : la nullité et éventuellement l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1178 alinéa 4 du Code civil. Pour comparaison, les projets européens prévoient notamment la possibilité pour la partie lésée de solliciter l'adaptation du contrat (v. par ex. : PDEC, art. 4 : 109, (2) et (3)).

²⁰⁰⁸ D. MAZEAUD, (m.à.j. M. LATINA), v° « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, avr. 2018, spéc. n° 2.

²⁰⁰⁹ V. pour une approche générale de la notion et des débats engendrés : G. CHANTEPIE, *La lésion*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2006.

²⁰¹⁰ Sur les discussions autour de la lésion comme « vice du consentement » et de la lésion comme source d'un « déséquilibre contractuel » : v. D. MAZEAUD, (m.à.j. M. LATINA), v° « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, avr. 2018, spéc. n° 5 et s.

²⁰¹¹ C'est notamment le sens de la « lésion qualifiée » telle qu'elle est considérée par certains projets d'harmonisation du droit européen (v. par ex., PDEC, art. 4 : 109 et le *Code européen des contrats* élaboré sous la direction de G. GANDOLFI, art. 30).

²⁰¹² C. civ., art. 1674 et s.

part²⁰¹³. Il en est de même dans l'hypothèse où le contrat litigieux a été conclu avec un incapable²⁰¹⁴. Plus intéressante pour le petit professionnel est en revanche l'ouverture progressive de la lésion à certains acteurs économiques dépendants²⁰¹⁵. Ainsi, la législation élaborée par le droit de la concurrence offre l'opportunité de protéger certains professionnels contre les contrats lésionnaires. Surtout, la jurisprudence est allée plus loin en autorisant un véritable « contrôle judiciaire du prix ».

683. - **Ouverture à la lésion : le contrôle judiciaire du prix.** Entre professionnels, les négociations ne sont pas toujours marquées par le sceau de l'égalité, et il est fréquent que les petits fournisseurs demeurent soumis au pouvoir de négociation de leurs partenaires plus puissants²⁰¹⁶. L'ouverture de la lésion dans les rapports commerciaux semble s'opérer progressivement. Déjà, la loi dite « Hamon » du 17 mars 2014 a apporté sa part à la lutte contre les déséquilibres contractuels au sein des relations commerciales s'agissant de la rémunération de certaines obligations²⁰¹⁷. Par la suite, la Cour de cassation elle-même a décidé d'autoriser un contrôle judiciaire du prix sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce²⁰¹⁸. Plus récemment encore, le Conseil constitutionnel a validé le procédé consistant à contrôler le prix du contrat sur le fondement du texte relatif aux clauses abusives, en confirmant la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière²⁰¹⁹. Qualifiée

²⁰¹³ C. civ., art. 889.

²⁰¹⁴ S'agissant des actes courants accomplis par un mineur (C. civ., art. 1149) ou des majeurs protégés (C. civ., art. 435).

²⁰¹⁵ Une telle approche s'est opérée par le biais des anciennes dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, devenu l'article L. 442-1, I, de ce même Code qui dispose : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :*

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

²⁰¹⁶ L'influence des grands distributeurs sur les petits fournisseurs ne doit pas être négligée en raison des menaces de déréférencement qui constituent un levier important pour faire naître la peur chez le partenaire.

²⁰¹⁷ S'agissant de la réécriture de l'ancien article L. 441-7 du Code de commerce, sur laquelle : F. BUY, « La sanction de la lésion dans les relations commerciales (À propos de l'article L. 441-7 du Code de commerce modifié par la loi Hamon du 17 mars 2014) », *D.*, 2014, p. 1333.

²⁰¹⁸ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *D.*, 2017, p. 481, note F. BUY ; *D.*, 2017, chron., p. 1075, obs. S. TREARD ; *D.*, 2017, pan., p. 2444, obs. A. RIERA ; *D.*, 2018, p. 865, obs. D. FERRIER ; *AJ Contrat*, 2017, p. 132, obs. D. FERRE ; *RTD civ.*, 2017, p. 383, obs. H. BARBIER ; *RTD com.*, 2017, p. 593, 601, 603 et 606, obs. M. CHAGNY ; *RDC*, 2017, 470, note C. GRIMALDI ; *RLDC*, 2017, 148, obs. F.-X. LICARI ; *Gaz. Pal.*, 2017, n° 15, p. 37, obs. D. HOUTCIEFF ; *JCP G.*, 2017, 436, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

²⁰¹⁹ Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749, QPC, *JORF* n° 278 du 1^{er} déc. 2018, texte n° 83 ; *CCC*, n° 2, févr. 2019, comm. 23, note N. MATHEY ; *JCP E.*, 2018, 1638, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *RTD civ.*, 2019, p. 92, obs. H. BARBIER.

de « stupéfiante »²⁰²⁰, cette décision a néanmoins le mérite d’aboutir à une tentative de protection des petits fournisseurs dont le pouvoir de négociation n’est pas équivalent à celui des grandes firmes. Dès lors, les atteintes à la liberté d’entreprendre et à la liberté contractuelle par le recours à la lésion, certes, se précisent mais elles seraient plutôt justifiées par une volonté de rééquilibrage des relations commerciales avec un contrôle du prix convenu. Décider de tempérer ces libertés au nom du maintien ou du rétablissement de l’équilibre dans les rapports commerciaux n’est pas illégitime, ni dénué de justice contractuelle. Si le risque engendré par l’atteinte à la liberté des opérateurs économiques ne doit pas être ignoré, notamment au regard de l’attractivité du droit des contrats, lorsque les motivations qui le fondent sont louables comme l’est la recherche de justice et d’équilibre pour tous, il doit nécessairement passer au second plan. En outre, le temps n’est pas encore venu d’une prise en compte généralisée de la lésion dans les contrats²⁰²¹, ni par le droit commun²⁰²², ni par le droit des relations commerciales²⁰²³. En tout état de cause, si ce dernier va au-delà du droit commun en la matière, cette démarche est justifiée par la nécessité, même entre professionnels, de ne pas obtenir au travers du contrat un avantage sans contrepartie.

684. - **Transition.** Si les vices du consentement connaissent un certain renouveau, l’étude de l’abus dans les relations contractuelles présente également un intérêt particulier au regard de la situation du petit professionnel.

B. Renouveau de la théorie de l’abus et petit professionnel

685. - **Explications.** Le contrôle opéré par le biais de la théorie de l’abus de droit permet d’apprécier l’exercice fait par une partie dans l’utilisation de ses droits. Si cela cause un dommage particulier au cocontractant, l’abus de droit est caractérisé. Cette théorie permet

²⁰²⁰ G. PARLEANI, « Un droit des contrats qui fait tout pour qu’on le fuie », *AJ Contrat*, 2019, p. 149.

²⁰²¹ Que ce soit sous couvert des vices du consentement au moment de la négociation et de la formation du contrat, ou du déséquilibre contractuel.

²⁰²² L’absence de prise en compte demeure, en effet, toujours le principe en droit commun : C. civ., art. 1168.

²⁰²³ En dépit de la portée générale de la décision du Conseil constitutionnel du 30 nov. 2018 précitée, il a été avancé que la jurisprudence de la Cour de cassation relative au contrôle judiciaire du prix avait initialement vocation à se limiter au domaine de la grande distribution : N. MATHEY, « Le Conseil constitutionnel valide le contrôle judiciaire du prix », *CCC*, n° 2, févr. 2019, comm. 23, note préc. sous Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749, QPC.

d'assurer une protection indéniable pour les parties faibles en ce qu'elle donne au juge la possibilité de contrôler l'usage d'un droit auquel une personne peut prétendre²⁰²⁴.

Sans revenir sur la présentation de la théorie de l'abus²⁰²⁵, l'objectif ici est de chercher à adapter celle-ci à la situation du petit professionnel. L'abus peut survenir dans n'importe quelle relation contractuelle et n'est pas propre aux rapports entre parties fortes et parties faibles²⁰²⁶. Cependant, il semble que l'inégalité résultant de la relation entretenue entre le petit professionnel et son partenaire est de nature à engendrer un regain de l'abus qu'il est susceptible de subir et surtout des conséquences que cela engendre²⁰²⁷. Aussi, il est indispensable d'apprécier ce fait.

686. - **Caractéristiques et évolution de l'abus.** Exercer un droit semble relever par nature d'un pouvoir égoïste²⁰²⁸. L'abus de droit se caractérise par l'usage excessif et impropre d'un droit, c'est-à-dire en dehors de son usage normal et attendu. L'auteur commet donc une faute dans l'exercice du droit qui lui est conféré. Dans ces conditions, il convient de le sanctionner puisque, par ce fait, il nuit à son cocontractant en lui causant un préjudice²⁰²⁹.

Face à l'apparition d'une multitude de formes de l'abus²⁰³⁰, la théorie de l'abus a dû s'adapter et évoluer. D'origine essentiellement jurisprudentielle et doctrinale, la notion d'abus de droit s'est initialement illustrée dans le cadre du droit de propriété, spécialement la responsabilité du propriétaire qui cause un dommage à son voisin²⁰³¹. La notion d'abus de droit s'est ensuite développée à l'ensemble des droits²⁰³². Il est difficile de faire émerger un

²⁰²⁴ Ce qui a conduit une partie de la doctrine à remettre en cause cette théorie, v. not. : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 9^e éd., 1923, n° 871. Pour une approche globale sur les discussions entre réfractaires et défenseurs de la théorie de l'abus de droit : L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, v° « Abus de droit », *Rép. civ.*, *Dalloz*, juin 2015, (m.à.j. mai 2017), spéc. n° 19 et s.

²⁰²⁵ V. *supra* n° 293 et s.

²⁰²⁶ J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », *préc.*, spéc. p. 254-255.

²⁰²⁷ Dès lors que l'abus résulte d'un comportement déplacé, parfois malicieux de l'une des parties à l'encontre de l'autre, il est de nature à engendrer une disproportion des droits de chacun, ce qui est exacerbé en présence d'une partie en situation d'infériorité.

²⁰²⁸ L. CADIET et Ph. LE TOURNEAU, v° « Abus de droit », *Rép. civ.*, *Dalloz*, juin 2015, (m.à.j. mai 2017), spéc. n° 25. Les auteurs présentent notamment les différentes conceptions de l'abus, celle individualiste prônée par RIPERT et BOULANGER, et celle plutôt finaliste défendue par JOSSERAND.

²⁰²⁹ Comme l'évoque l'adage : « celui qui abuse de son droit doit répondre des dommages qu'il cause à autrui » (*Male enim nostro jure uti non debemus*).

²⁰³⁰ Abus de faiblesse, abus de dépendance, abus de position dominante, etc.

²⁰³¹ En ce sens, la célèbre affaire « Clément-Bayard » : Cass., req., 3 août 1915, n° 00-02.378.

²⁰³² Par ex., cette notion permet d'adapter le comportement des contractants. Preuves des valeurs morales et sociales défendues par le droit des contrats, à côté de l'efficacité économique recherchée, le législateur a prévu une exception au principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles. Ainsi, lorsque cette exécution a un coût déraisonnable pour le débiteur, le créancier devra parfois se contenter de dommages-intérêts puisque le caractère abusif du comportement qui tendrait à imposer une telle exécution semble évident. Sur cette approche : G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit

critère unique et déterminé de l'abus car l'exercice abusif de chaque droit présente certaines particularités telles que l'intention et/ou la volonté de nuire, le détournement de la finalité d'un droit, le comportement anormal, l'absence de motif légitime dans l'utilisation d'une prérogative et bien d'autres encore.

687. - **Abus au détriment du petit professionnel.** Au moment de la formation ou de l'exécution du contrat, le cocontractant du petit professionnel ne doit pas pouvoir profiter de la situation de son partenaire, ni de sa propre taille plus importante pour lui imposer des conditions contractuelles défavorables ou déséquilibrées. Aussi, il ne doit pas abuser du pouvoir conféré par sa position supérieure en recherchant uniquement son avantage²⁰³³. Quels que soient les droits considérés : droit à l'information ou droit au conseil, le petit professionnel est, dans leur exercice, tributaire de son cocontractant. Ainsi, la partie la plus puissante peut éventuellement être tentée de profiter de sa supériorité ou plus largement de la situation pour en tirer un bénéfice propre qui ne répondra pas nécessairement à l'intérêt du petit professionnel. C'est d'ailleurs en ce sens que le législateur a considéré l'abus au travers de la mise en œuvre de certaines dispositions protectrices²⁰³⁴. Signe d'un certain renouvellement de la théorie de l'abus, l'abus de l'état de dépendance du cocontractant est devenu un véritable vice du consentement par le biais du vice plus général de violence²⁰³⁵. Cependant, dans ces conditions, le recours à l'abus n'a-t-il pas vocation à affaiblir la protection mise en place en imposant à la victime d'en prouver l'existence ? Quoiqu'il en soit, cette approche témoigne du fait que l'abus a bel et bien pour fonction de régir les comportements parfois déviants, tout spécialement ceux des parties en position de force, ce qui pourrait donc profiter au petit professionnel.

688. - **La protection du petit professionnel par le recours à la théorie de l'abus de droit.** La théorie de l'abus a donc pour objectif d'apporter une limite à la toute-puissance de la liberté contractuelle ; ainsi elle permet, par exemple, de « *contenir le pouvoir de*

français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), LGDJ, 2001, p. 167 et s., spéc. n° 17.

²⁰³³ Il est important de rappeler que le contrat repose sur un échange, chaque partie devant tirer un avantage en contrepartie de son engagement. Dans le cas inverse, il n'y a plus d'intérêt à contracter, il s'agirait uniquement d'imposer. Il importe bien de faire du « gagnant/gagnant » et non du « gagnant/perdant ».

²⁰³⁴ V. not. : C. civ., art. 1143 qui, en introduisant un instrument protecteur de la justice contractuelle, prévoit que pour sanctionner la violence, une partie doit abuser de la situation de dépendance de l'autre. Il s'agit donc de caractériser l'existence d'une véritable contrainte exercée sur l'autre partie.

²⁰³⁵ La sanction du comportement d'une partie qui abuse de la situation de dépendance ou de faiblesse de son partenaire reposera alors sur la possibilité de voir prononcer la nullité du contrat et sur l'allocation de dommages-intérêts.

négociation de la partie la plus forte qui peut « abuser » de ce pouvoir au détriment de la partie la plus faible »²⁰³⁶. Il est constant que la relation contractuelle et plus largement les relations économiques sont basées sur l'existence d'un rapport de force dont le contractant le plus puissant peut tirer parti. Cette situation n'est pas en elle-même de nature à engendrer une déloyauté ou un abus de droit²⁰³⁷. En revanche, le fait d'exploiter de manière abusive cette situation pour en tirer un avantage, souvent qualifié d'excessif, pousse à envisager une sanction.

Tout particulièrement, la protection du petit professionnel est susceptible de s'opérer par la prévention de l'abus. Sur le modèle du droit de la consommation²⁰³⁸, il est indispensable de sensibiliser les acteurs économiques plus puissants à la réalité de la situation parfois précaire de leurs cocontractants car même s'ils en sont conscients, ils se contentent bien souvent de l'ignorer. Également, il est nécessaire d'insérer dans cette sensibilisation les sanctions de l'abus avéré, ce qui permettra, peut-être, de dissuader les plus audacieux.

Par ailleurs, le petit professionnel peut espérer une protection par le renforcement, ainsi que par le « *durcissement du contrôle et de la sanction des comportements abusifs entre professionnels* »²⁰³⁹. Le législateur n'a pas cessé de poursuivre des politiques visant à multiplier le nombre de pratiques abusives sanctionnables dans les rapports entre professionnels et consommateurs, mais aussi entre professionnels eux-mêmes. De même, il a renforcé les sanctions applicables et les pouvoirs de l'administration s'agissant des pratiques commerciales. Ces dispositifs permettent d'offrir au petit professionnel des opportunités pour être protégé sous couvert des abus pratiqués par ses partenaires contractuels.

Enfin, le recours à la théorie de l'abus permet dans certaines hypothèses de systématiser la faculté pour une partie d'engager la responsabilité de l'autre en cas de pratique abusive. À titre illustratif, dans le cadre des relations fournisseurs-distributeurs, le fournisseur de produits agricoles ou de denrées alimentaires a la possibilité d'engager la responsabilité de l'acheteur

²⁰³⁶ G. ALPA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, p. 1 et s., spéc. p. 11.

²⁰³⁷ Dans cette éventualité, si profiter de sa position de force semble faire partie de la nature des choses, ne faut-il pas chercher ailleurs une ouverture pour justifier la protection de la partie en position de faiblesse ?

²⁰³⁸ En ce sens, l'ensemble de la législation sur les clauses abusives qui permet par anticipation d'apprécier la validité des clauses présumées abusives avec l'établissement de listes « noires » de clauses présumées de manière irréfragable abusives (C. consom., art. R.212-1) et de listes « grises » de clauses présumées de manière simple abusives (C. consom., R. 212-2).

²⁰³⁹ D. FERRIER, « Loi du 17 mars 2014 « relative à la consommation »... et pour un encadrement renforcé des relations entre professionnels », *D.*, 2014, p. 889.

s'il impose un prix abusivement bas²⁰⁴⁰. Il est important de relever le rôle du juge en la matière qui pourra s'appuyer sur des indicateurs de coût de production pour caractériser le prix litigieux, ainsi que sur l'arsenal du ministre chargé de la protection de l'ordre public économique pour sanctionner les abus de la grande distribution dans ses relations avec ses fournisseurs. Pour les conventions passées avec les distributeurs, le cadre imposé est plus clair puisqu'il est prévu de prendre en compte les attentes des producteurs et des fournisseurs de produits de grande consommation. L'ensemble permet d'envisager, en outre, une meilleure répartition de la valeur et un rééquilibrage des relations commerciales entre la distribution et les acteurs de la filière agroalimentaire par le contrôle et la sanction des comportements abusifs. Une telle démarche est de toute évidence intéressante pour le petit professionnel concerné par ce secteur.

689. - **Synthèse.** Essentiellement issue de la doctrine et de la jurisprudence en France, la notion d'abus de droit est évolutive. Aucun texte légal ne fixe un cadre général et déterminé à son application de sorte qu'elle est malléable aux différentes situations qu'elle engendre et permet l'adaptation de certains droits. C'est pourquoi son application au petit professionnel peut aussi être source de son renouvellement, ce qui est, en outre, accentué par le développement de la bonne foi dans les relations contractuelles.

C. Le développement de la bonne foi et le petit professionnel

690. - **Explications.** De nombreux travaux ont porté sur la bonne foi, spécialement en matière contractuelle où son importance est primordiale²⁰⁴¹, bien qu'elle ne soit toujours pas légalement définie. Elle peut avoir plusieurs rôles, et celui de la protection du consentement est essentiel²⁰⁴². Surtout, il a pris une dimension toute particulière depuis la consécration de ce devoir général à tous les stades du contrat : négociation, formation et exécution²⁰⁴³. Ici, l'intérêt de sa prise en compte réside dans son application spécifique au moment des négociations et de la formation du contrat dès lors qu'elle traduit l'importance acquise par la

²⁰⁴⁰ Ord., n° 2019-358 du 24 avr. 2019, *JORF* n° 97 du 25 avr. 2019, texte n° 14. Sur laquelle : X. DELPECH, « Une action en responsabilité pour prix abusivement bas en matière de produits agricoles », *AJ Contrat*, 2019, p. 204.

²⁰⁴¹ V. par ex. : ASSOCIATION H. CAPITANT, *La bonne foi*, Litec, coll. Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. XLIII, 1994.

²⁰⁴² S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2012.

²⁰⁴³ C. civ., art. 1104.

justice contractuelle face à la sécurité juridique traditionnellement assurée par la liberté contractuelle.

691. - **Apport européen.** Au niveau européen aussi la bonne foi constitue un principe substantiel et fondamental²⁰⁴⁴. Il s'agit, en effet, d'un devoir général dont la vocation est de s'appliquer à tout le contrat. Il concerne tous les projets, que ce soient les PDEC dont l'article 1 : 201 prévoit : « *Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi* », ou encore le projet de règlement pour un droit européen de la vente dont l'article 2.1 envisageait : « *Il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté* ». Les répercussions de l'intérêt accordé à ce principe sont essentielles pour le petit professionnel.

692. - **Bonne foi et petit professionnel.** Le principe de bonne foi a vocation à gouverner l'ensemble des relations contractuelles : celles mettant en cause un professionnel et un consommateur, et également celles existant entre deux professionnels. La bonne foi apparaît désormais comme la principale limite à la liberté contractuelle. Son caractère d'ordre public garanti par l'article 1104 du Code civil lui confère une force spécifique en droit français. L'évolution du statut de la bonne foi est ainsi spécialement favorable au petit professionnel. Pour en témoigner, il est intéressant de s'arrêter à son application au niveau supranational et à l'approche choisie. En effet, la bonne foi est également prédominante sur le plan international²⁰⁴⁵. Particulièrement, les critères de son appréciation au regard de la pratique des affaires ne sont pas totalement indifférents à la prise en considération de la taille du professionnel. Ainsi, il a été mentionné que « *les critères de pratique des affaires [...] peuvent être plus ou moins stricts selon l'environnement socio-économique dans lequel les entreprises opèrent, leur taille, compétence technique, etc.* »²⁰⁴⁶.

693. - **Apport de la bonne foi au petit professionnel.** Classiquement considérée comme un outil fluctuant, la bonne foi a été utilisée de manière de plus en plus assurée et

²⁰⁴⁴ Son importance a ainsi été mise en évidence s'agissant de « *l'une des évolutions les plus notables [...] de ces vingt-cinq dernières années* » : B. FAGES, « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D.*, 2003, p. 2386

²⁰⁴⁵ Par ex., l'article 1.7 des principes Unidroit dispose : « *1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

²⁰⁴⁶ *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, 2016, 4^e éd., disponibles à l'adresse suivante : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>, spéc. p. 21. (Personnellement et volontairement souligné).

entreprenante jusqu'à sa consécration générale au sein du Code civil. Cependant, l'attrait et l'apport de cette notion doivent être mesurés dans la situation du petit professionnel. Elle n'a pas vocation à solutionner tous les maux de ce contractant dont la faiblesse ne peut être résolue par sa simple utilisation. En effet, si son intérêt et ses avantages ne doivent pas être négligés, il convient de garder à l'esprit que la bonne foi ne peut pas tout résoudre.

694. - **Conclusion de la Section I.** La garantie des droits du petit professionnel s'opère par le biais de domaines variés. Tant le droit commun, particulièrement renforcé depuis la réforme, que les droits plus spécifiques²⁰⁴⁷, tous apportent des mécanismes de protection sources d'inspiration pour assurer la garantie des droits du petit professionnel dans ses relations contractuelles. La mise en place d'une protection généralisée du consentement permet de toute évidence d'assurer la prise en compte d'un plus grand nombre de contractants. Également, cette approche répond à un besoin de simplification du droit. Pour autant, les développements qui précèdent ont permis de mettre en exergue la nécessité d'envisager une adaptation de cette protection aux cas particuliers, comme celui du petit professionnel. Cependant, le consentement n'est pas le seul élément du contrat qui justifie une protection particulière du petit professionnel, ce dernier peut aussi être soumis à des déséquilibres contractuels particulièrement dommageables.

Section II : La protection du petit professionnel contre les déséquilibres contractuels

695. - **Généralités.** L'intérêt du droit civil pour l'équilibre contractuel n'est pas nouveau²⁰⁴⁸. La lutte contre les déséquilibres contractuels illustre parfaitement le rapport de force existant entre « partie faible » et « partie forte », de même que le débat existant entre les partisans de la sécurité des relations contractuelles et les défenseurs de la justice

²⁰⁴⁷ Particulièrement le Code de la consommation, « parce qu'il est le code du consommateur, il est également celui du professionnel » : Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, « Retour sur la responsabilité professionnelle », in *Écrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 489 et s., spéc. n° 10, p. 501. Cette réflexion est d'autant plus juste que certaines dispositions protectrices de la réglementation consumériste ont désormais vocation à protéger les petits professionnels, et pas seulement à mettre à leur charge un régime contraignant, v. par ex. : C. consom., art. L. 221-3.

²⁰⁴⁸ Sur la question, v. par ex. : V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Tomes I et II, préf. C. SAINT-ALARY HOUIN, PUAM, 2000 ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, 2000 ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2002.

contractuelle²⁰⁴⁹. L'enseignement classique reprend deux hypothèses de déséquilibres des prestations : l'une existant au moment de la formation des contrats, la lésion, et l'autre résultant de son exécution, l'imprévision²⁰⁵⁰. Si la lutte contre le déséquilibre contractuel peut, semble-t-il, se faire de manière préventive dès la négociation du contrat, ce déséquilibre se révèle bien souvent au stade de la conclusion du contrat, ce qui justifie de combattre les avantages disproportionnés et excessifs. L'objectif est de faire en sorte que le petit professionnel puisse contracter de la manière la plus adéquate possible et être protégé en cas de conflit²⁰⁵¹. Il convient donc de lui assurer plus d'équilibre afin de préserver la justice contractuelle²⁰⁵². Mais jusqu'où faut-il aller ?

696. - **Quel cheminement ?** « *Quand le déséquilibre contractuel est excessif et qu'il est le produit de l'exploitation de la faiblesse, de la vulnérabilité ou de la dépendance d'un contractant par son cocontractant, le juge peut intervenir pour supprimer l'excès* »²⁰⁵³. Rançon de la liberté, le déséquilibre contractuel a fait l'objet d'une attention particulière par la jurisprudence, la doctrine et le législateur²⁰⁵⁴. Certes, la liberté contractuelle est prônée comme principe général du droit des contrats, mais lutter contre ses conséquences est impératif surtout lorsqu'elle engendre des déséquilibres contractuels²⁰⁵⁵. Le petit professionnel doit être particulièrement tributaire de cette lutte. Si le droit en général et la

²⁰⁴⁹ Ainsi, entre la sécurité juridique qu'il est possible d'illustrer par la formule de FOUILLÉE « *qui dit contractuel dit juste* » (A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1910, p. 410) et la défense de la justice contractuelle mise en exergue par les propos de LACORDAIRE « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit* » (H.-D. LACORDAIRE, *Sermon à la Chaire de Notre-Dame (1848), Conférences de Notre-Dame de Paris, 1855*), la discussion demeure d'actualité et la récente réforme du droit des contrats s'en est fait l'écho.

²⁰⁵⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 600, p. 680.

²⁰⁵¹ Précédemment il a été identifié que la relation entretenue par le petit professionnel avec ses cocontractants professionnels, voire parfois consommateurs, était structurellement déséquilibrée ou inégale.

²⁰⁵² G. PAISANT, « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », préc., n° 15, p. 342. De même que les moyens de défense (spéc., p. 344), ou encore le surendettement (spéc., p. 347).

²⁰⁵³ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », art. préc., spéc. n° 17.

²⁰⁵⁴ Bien qu'il ne soit pas considéré comme une condition de validité du contrat dans la plupart des droits européens comme le droit français : R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, Systèmes droit, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 136 et s., p. 98 et s.

²⁰⁵⁵ Le contrôle du déséquilibre a ainsi pu s'opérer au regard de l'absence de contrepartie ou de la cause au contrat. En matière de distribution, par ex., un contrat d'approvisionnement exclusif a été annulé lorsque l'engagement du fournisseur, même existant, a pu être jugé dérisoire au regard de celui du distributeur. En effet, il a été jugé que le distributeur qui régularise un contrat d'approvisionnement exclusif ne peut pas simplement obtenir en contrepartie l'engagement du fournisseur comme caution à hauteur de 20 % du montant du prêt : Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 ; *Bull. civ.* IV, n° 21 ; CCC, 2005, comm. 105, obs. L. LEVENEUR ; *RDC*, 2005, p. 684, obs. D. MAZEAUD ; *RDC*, 2005, p. 771, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *D.*, 2005, pan., p. 2841, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D.*, 2006, pan., p. 515, obs. D. FERRIER ; *RTD com.*, 2005, p. 825, obs. B. BOULOC ; *JCP E.*, 2005, n° 31-34, p. 1326, obs. D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD ; *JCP G.*, 2006, II, 10011, note A.-M. LUCIANI. Pour autant, la nullité du contrat pour défaut d'équivalence des prestations n'est toujours pas admise par le droit français : C. civ., art. 1168.

réforme du droit des contrats en particulier lui apportent des solutions et semblent répondre à ses attentes, sa présence lors de l'appréciation des déséquilibres contractuels constitue une alerte pour s'arrêter sur les règles protectrices en cause. En ce sens, l'inspiration européenne semble essentielle du fait que la sanction des avantages excessifs y est prégnante²⁰⁵⁶ et il en est de même s'agissant des principes Unidroit²⁰⁵⁷.

697. - **Plan.** Que ce soit au regard du très réputé « déséquilibre significatif » (I), ou des risques inhérents au pouvoir unilatéral accordé au contractant (II), la lutte contre les déséquilibres contractuels vis-à-vis du petit professionnel conduit nécessairement au renforcement de l'obligation de loyauté à son égard (III), ainsi qu'à la prise en compte des « déséquilibres financiers » (IV)

I. Petit professionnel et déséquilibre significatif

698. - **Présentation.** Le déséquilibre significatif fait l'objet de dispositions dans trois domaines différents : le droit de la consommation d'abord, le droit de la concurrence ensuite, et le droit commun enfin. Trois textes ont donc été institués pour lutter contre les inégalités et les déséquilibres contractuels qu'elles engendrent. Bien que certaines de ces dispositions aient fait l'objet d'une présentation antérieure²⁰⁵⁸, il convient désormais de les examiner au regard de la situation du petit professionnel. Compte tenu des nombreux domaines d'intervention de la lutte contre les clauses abusives et le déséquilibre significatif auquel elles conduisent, il y a également lieu d'apprécier l'articulation des protections instaurées dans différentes branches en faveur du petit professionnel.

699. - **Petit professionnel et déséquilibre significatif en droit de la consommation.** Dans l'ordre d'apparition, le droit de la consommation a été le premier à envisager une

²⁰⁵⁶ V. not. : PDEC, art. 4 :109.

²⁰⁵⁷ L'article 3.2.7 des principes Unidroit prévoit ainsi que « *La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération : a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première ; et b) la nature et le but du contrat* ». Cette prise en compte est fondamentale car il est permis au tribunal saisi d'« adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale » : Principes Unidroit, art. 3.2.7, 2°.

²⁰⁵⁸ V. not. pour le droit de la concurrence *supra* n° 257 et s., et pour le droit commun *supra* n° 290 et s.

sanction du déséquilibre significatif²⁰⁵⁹. La présomption d'inégalité présidant aux relations entre professionnels et consommateurs explique cette lutte engagée très tôt contre le déséquilibre contractuel. Comme précédemment évoqué, le droit de la consommation apparaît tel un véritable modèle de protection des parties faibles et notamment du petit professionnel. En effet, les outils protecteurs mis en place dans ce domaine ont vocation à inspirer d'autres branches. La notion de déséquilibre significatif semble à cet égard particulièrement évocatrice. Mais, le petit professionnel étant par définition et d'une manière générale exclu de la protection consumériste²⁰⁶⁰, il n'apparaît pas concerné par les dispositions de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation, devenu l'article L. 212-1 qui visent le non-professionnel. S'il n'est certes pas envisageable de transposer en l'état les listes de clauses abusives issues du droit de la consommation aux relations entre professionnels²⁰⁶¹, il est possible de s'en inspirer dans la situation particulière du petit professionnel²⁰⁶². Ainsi, un certain rapprochement peut être envisagé et ce mouvement semble avoir pris forme avec la récente modification du droit des contrats français. Néanmoins, bien que précurseur en la matière, le droit de la consommation est largement limité par son champ d'application réducteur. Il reste donc deux textes susceptibles de concerner et d'intéresser directement le petit professionnel.

700. - **Petit professionnel et déséquilibre significatif en droit de la concurrence.**

Le droit de la concurrence et d'une manière plus générale les règles régissant les relations entre professionnels n'ont pas vocation à lutter contre les inégalités et les déséquilibres contractuels mais simplement à s'intéresser aux atteintes faites à la libre concurrence sur le marché. Toutefois, cette dernière peut être saine et efficace seulement si elle part sur des bases suffisamment équilibrées. Dans le cas contraire, ce seront toujours les mêmes qui profiteront et bénéficieront de l'économie libérale de marché, le contrat étant à la base de toute relation d'affaires, de production, de consommation ou de distribution. Deuxième secteur à avoir décidé d'intégrer des dispositions relatives à la sanction du déséquilibre significatif²⁰⁶³, le

²⁰⁵⁹ V. déjà en ce sens, la directive du 5 avr. 1993 sur les clauses abusives, préc.

²⁰⁶⁰ À l'exception de très rares hypothèses en matière de contrats conclus hors établissement : v. *supra* n° 224 et s.

²⁰⁶¹ G. PAISANT, « Les perspectives de la protection des droits des consommateurs », in *Aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius, 2011, p. 207 et s., spéc. p. 211.

²⁰⁶² En prenant notamment exemple sur le modèle allemand dont les dispositions spécifiques de protection des consommateurs ont été intégrées au sein du droit civil général.

²⁰⁶³ V. par ex. : L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, préc. Cette loi a engendré une abondante littérature, v. not. : dossier spécial de la *Revue des contrats*, « La protection des professionnels contre les déséquilibres contractuels significatifs », avec les contributions de M. BEHAR-TOUCHAIS, A. LAMOTHE

droit de la concurrence s'intéresse aussi à la lutte contre les abus à la liberté. Les dispositions du nouvel article L. 442-1 du Code de commerce²⁰⁶⁴ offrent un véritable outil de lutte contre les déséquilibres contractuels pour le petit professionnel face à la toute puissance de la liberté. La diversité des pratiques visées et l'abondance du contentieux ne permettent pas d'appréhender de manière exhaustive l'ensemble des possibilités ouvertes par ce dispositif²⁰⁶⁵. Il convient toutefois d'observer que le droit des pratiques restrictives se transforme en quelque sorte en droit des petites entreprises qui ne disposent pas de la flexibilité et des services juridiques nécessaires pour appréhender l'ensemble du marché. En outre, la consistance de l'engagement du professionnel en droit de la concurrence est aussi importante que dans les autres contrats. Si le petit professionnel semble être en mesure de profiter pleinement des dispositions du droit de la concurrence et du droit de la distribution pour assurer sa protection contre les déséquilibres contractuels, le droit commun des contrats pourrait peut-être lui offrir également une opportunité pour renforcer son régime protecteur.

701. - **Petit professionnel et déséquilibre significatif en droit commun.** Le contrat constituant la base d'un échange économique, cet échange doit exister et le droit des contrats met en place une lutte contre l'absence de contenu²⁰⁶⁶, et aussi contre le contenu excessif et défavorable à certaines parties au contrat. En droit commun, la question relative à la lutte contre les déséquilibres et les clauses abusives s'est développée dès la fin du XX^e siècle, notamment avec les chroniques autour de l'affaire dite « Chronopost »²⁰⁶⁷ et des clauses limitatives de responsabilité réputées non écrites lorsqu'elles contredisent la portée de l'engagement pris²⁰⁶⁸. Très rapidement, la doctrine a emboîté le pas à la jurisprudence et l'extension de la protection a été envisagée à tous les contractants, même dans les relations entre professionnels²⁰⁶⁹. Les discussions ne se sont pas tariées avec le changement de siècle²⁰⁷⁰,

et Y. UTZSCHNEIDER, Cl. LUCCAS de LEYSSAC et M. CHAGNY, R. SAINT-ESTEBEN, *RDC*, n° 3, 2009, p. 1257 et s.

²⁰⁶⁴ C. com., anc. art. L. 442-6.

²⁰⁶⁵ V. par ex. actuellement l'utilisation de ce mécanisme pour lutter contre les « GAFA » : F. BUY et J.-C. RODA, « *Big is not beautiful !* (Amazon au crible du déséquilibre significatif) », *AJ Contrat*, 2019, p. 433, note sous Tribunal de commerce Paris, 1^{ère} ch., 2 sept. 2019, n° 2017/050625. Ce qui démontre de nouveau que le petit professionnel en constitue le principal bénéficiaire.

²⁰⁶⁶ C. civ., art. 1169 qui prévoit la nullité du contrat en cas de contrepartie illusoire ou dérisoire. Étant observé que ces dispositions n'ont pas réellement vocation à assurer l'équilibre de l'opération contractuelle, mais plutôt à s'assurer de son utilité pour les deux parties.

²⁰⁶⁷ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *CCC*, 1997, 24, obs. L. LEVENEUR ; *D.*, 1997, p. 121, note A. SERIAUX ; *D.*, 1997, somm. comm., p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Defrénois*, 1997, 333, obs. D. MAZEAUD ; *JCP*, 1997, I, 1997, 418, obs. J. MESTRE ; *JCP*, 1997, II, 22881, note D. COHEN.

²⁰⁶⁸ Décision rendue, pour rappel, sur le fondement de la cause et de l'ancien article 1131 du Code civil.

²⁰⁶⁹ En ce sens, C. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris : Economica, Coll. Études juridiques, 1998.

car encouragées par les projets et les modèles européens qui prévoient la mise en place de nombreux palliatifs aux déséquilibres contractuels. Avec l'insertion de l'article 1171 dans le Code civil, il est désormais possible de sanctionner les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en droit commun. Inspiré des projets d'harmonisation européens²⁰⁷¹, ainsi que des mécanismes qui existaient déjà en droit de la consommation et en droit de la concurrence, cet instrument a vocation, lui-aussi, à lutter contre les clauses abusives²⁰⁷², mais uniquement dans les contrats d'adhésion et s'agissant des clauses non négociables et déterminées à l'avance. En dépit de la protection mise en place et de l'objectif de rétablissement de l'égalité des parties, les limitations du champ d'application de ce dispositif restreignent de manière importante les possibilités offertes au petit professionnel de bénéficier de ces dispositions. Les déséquilibres dans les rapports entre professionnels sont parfois difficiles à identifier puisque les parties sont présumées être sur un pied d'égalité sans bénéficie d'une attention protectrice particulière. C'est pourquoi, si le petit professionnel pouvait légitimement placer beaucoup d'espoir dans ce mécanisme, il ne semble pas finalement lui apporter pleine satisfaction²⁰⁷³.

702. - **Petit professionnel et articulation des dispositifs.** S'agissant de la lutte contre les clauses abusives, l'intérêt désormais réside dans l'articulation des articles issus des droits spéciaux²⁰⁷⁴ et du nouveau dispositif de l'article 1171 du Code civil intégré dans le droit commun²⁰⁷⁵. Aux termes de cet article, toute clause insérée dans un contrat d'adhésion qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat sera réputée non écrite. Il est intéressant de relever que le critère pris en compte par le législateur pour apprécier le champ d'application de ce texte réside dans le fait que la clause engendrant

²⁰⁷⁰ V. not. : P. CATALA, « Des contrats déséquilibrés », in *Études à la mémoire de Fernand-Charles JEANTET*, LexisNexis, 2010, p. 77.

²⁰⁷¹ En ce sens, PDEC, art. 4 : 110.

²⁰⁷² Cette nouveauté du droit commun des contrats a d'ailleurs largement été débattue par la doctrine à l'occasion de la réforme, v. not. de manière non exhaustive : T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, 2015, p. 1217 ; R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, p. 335 ; G. CHANTEPIE, « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJCA*, 2015, p. 121 ; N. DISSAUX, « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *Dr. et patr.*, 2014, n° 240, p. 53 ; F. BICHERON, « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, p. 24 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », in *Réforme du droit des contrats*, *Dr. et patr.*, 10/2014, p. 56.

²⁰⁷³ Cette approche plutôt restrictive résulte de l'état d'esprit entourant l'insertion d'un tel dispositif au sein du Code civil et des risques identifiés relativement à la généralisation de la sanction du déséquilibre significatif par le biais du droit commun au regard de l'insécurité juridique et de l'atteinte susceptible d'être portée au principe de la liberté contractuelle.

²⁰⁷⁴ C. consom., art. L. 212-1 et s. et C. com., art. L. 442-6.

²⁰⁷⁵ Pour une approche détaillée : S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, CCC, 2016, dossier 5.

un déséquilibre significatif n'ait pas été négociée. Si le champ d'application de ces dispositions semble très large puisqu'il concerne vraisemblablement les contrats conclus entre professionnels, entre particuliers, entre associations, etc., il est regrettable que le critère personnel de la qualité des contractants ne soit pas mis en évidence. Or, une application indifférente à la qualité de contractant, si elle est de nature à rééquilibrer l'ensemble des relations, ne tient pas compte des spécificités liées aux circonstances de leur conclusion et donc ne semble pas mettre en évidence le véritable déséquilibre. À cet égard, s'agissant du petit professionnel, il en résulte que cet acteur peut aussi bien être exclu de la protection ou inclus dedans. Dès lors que des dispositions ont vocation à protéger le contractant, il est légitime que celles-ci s'appliquent à celui qui en justifie le besoin, c'est-à-dire à celui qui se trouve dans une situation de faiblesse quelle qu'en soit la cause. Offrir une protection générale à l'ensemble des contractants tend à remettre en cause le principe même de la règle protectrice, en ce sens que l'appréciation du déséquilibre ne prend pas en considération la qualité des parties qui est bien souvent à l'origine même de celui-ci en raison, par exemple, de l'existence d'un rapport de force déséquilibré. Bien que l'article 1171 soit limité aux contrats d'adhésion et semble s'adresser à ceux qui n'ont pas été en mesure de négocier le contrat, son application relève de l'appréciation du juge, notamment sur la réalité ou non des négociations dont il peut s'avérer stratégique d'en justifier l'absence ou non.

Au regard des dispositifs du droit de la consommation, du droit de la concurrence et du droit commun, il est légitime de se demander quel est l'intérêt de multiplier les mécanismes de sanction des clauses qui créent un déséquilibre significatif. En effet, avec cet ensemble législatif, tous les contractants ne sont-ils pas finalement protégés ? En outre, que ce soit au regard de la finalité de la protection prévue ou des sanctions, les dispositifs mis en place semblent en grande partie se recouper, sauf à considérer que l'efficacité des dispositifs spéciaux semble plus opportune pour le petit professionnel et que leur champ d'application est visiblement plus large²⁰⁷⁶. Toutefois, il y a lieu de relativiser cette vision des choses dès l'instant que le droit commun présente un avantage de simplicité procédurale, notamment par rapport au mécanisme du Code de commerce dont l'application est réservée à des juridictions spécialisées et surtout, par vocation, il vise l'ensemble des contractants sans distinction. Ce dernier point est d'une importance cruciale pour le petit professionnel qui peut voir la portée

²⁰⁷⁶ M. LATINA et G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 444, p. 389 et s. Rapp. M. CHAGNY, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD civ.*, 2013, p. 500.

des dispositions du droit de la concurrence parfois restreinte à certaines activités²⁰⁷⁷. Malgré les analogies et les rapprochements perçus, le régime de ces différents dispositifs demeure propre à chaque domaine²⁰⁷⁸. La logique de protection entamée ici et là par le droit commun ainsi que le changement progressif de la conception du contrat en droit français se poursuivent et constituent des atouts indéniables²⁰⁷⁹.

703. - **Synthèse.** La protection du petit professionnel au titre du déséquilibre significatif par le droit de la concurrence et, dans une certaine mesure, par le droit de la consommation apparaît biaisée par la volonté de ces droits d'assurer une protection plus large tenant au fonctionnement du marché et à la garantie des échanges. Dans ces conditions, il n'est pas évident d'offrir une protection claire, dédiée exclusivement au petit professionnel qui passe bien souvent au second plan. L'évolution récente du droit commun des contrats invite néanmoins à tempérer cette vision pessimiste de la situation au travers de la mise en place d'une protection à la vocation très générale qui semble offrir certaines garanties. Cependant, si le droit commun instaure une protection importante de la partie faible, il demeure étranger à toute prise en charge nominative du petit professionnel. En ce sens, les avancées relevées en faveur des contractants supposés en état d'infériorité ne sauraient cacher les manques encore importants dans l'appréhension spécifique de certains contractants. Il convient, en effet, de conférer une protection plus large et plus précise du petit professionnel. Or, tout ne paraît pas aller en ce sens.

II. Petit professionnel et pouvoir unilatéral

704. - **Présentation.** Le pouvoir unilatéral accordé à un contractant est de nature à engendrer des craintes²⁰⁸⁰, particulièrement lorsqu'il est question du petit professionnel. Pourtant, le droit des contrats admet aujourd'hui la possibilité pour un contractant de décider

²⁰⁷⁷ En ce sens, Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 2018, n° 17-11.329 ; CCC, n° 8-9, 2018, comm. 151, note N. MATHEY ; *AJDI*, 2018, p. 520, obs. A. ANTONIUTTI ; *AJDI*, 2018, p. 601, obs. J.-P. BLATTER ; *D.*, 2019, p. 279, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2018, p. 408, obs. H. BARBIER ; *AJ Contrat*, 2018, p. 143, obs. K. MAGNIER-MERRAN. S'agissant, en l'espèce, d'un bail commercial qui ne rentre pas dans le cadre de l'application des dispositions de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce.

²⁰⁷⁸ Comme cela a pu être relevé à propos du mécanisme de droit commun : « *ce nouveau contrôle des clauses abusives se distingue du droit des pratiques restrictives de concurrence par ses restrictions et s'éloigne du droit de la consommation par l'absence de référence faite à l'ensemble contractuel* », S. LE GAC-PECH, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA*, n° 162-163, 2016, p. 7.

²⁰⁷⁹ M. LATINA et G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, spéc. n° 445, p. 392.

²⁰⁸⁰ Le contrat n'est-il pas le fruit de volontés réciproques ?

unilatéralement, soit de certains éléments du contrat, soit du sort de celui-ci. Or, une telle démarche conduit inévitablement à des risques. L'allègement de certaines contraintes mises à la charge d'un contractant peut constituer un danger pour d'autres, et ainsi s'avérer désastreux pour le petit professionnel. Si la fixation unilatérale du prix dans certains contrats, comme cela est le cas pour les contrats-cadres²⁰⁸¹ et pour les contrats de prestation de services²⁰⁸², ou encore la possibilité de recourir à la résolution unilatérale du contrat²⁰⁸³, constituent de véritables avancées²⁰⁸⁴, ces dernières ne peuvent-elles pas également être une source de difficultés supplémentaires, notamment pour le petit professionnel ?²⁰⁸⁵

705. - **Le risque d'abus dans la fixation unilatérale du prix.** Il s'agit là d'un exemple très actuel de la mise en œuvre de la théorie de l'abus et du pouvoir unilatéral accordé au contractant. Bien souvent, en effet, ce n'est pas le prix qui est réellement abusif²⁰⁸⁶, mais la manière avec laquelle le pouvoir de le fixer a été exercé²⁰⁸⁷. La difficulté résulte en outre dans la délicate appréciation de la preuve de l'existence de l'abus dans la fixation du prix²⁰⁸⁸. Pour ces raisons, il a été nécessaire d'encadrer les conditions de mise en œuvre de la fixation unilatérale du prix, ce qu'à entrepris le droit commun dans certains domaines. Avant la réforme du droit des contrats, la jurisprudence, après quelques fluctuations, avait consacré un principe général autorisant une partie à déterminer unilatéralement le prix au contrat²⁰⁸⁹, sauf interdiction spécifique prévue par un texte²⁰⁹⁰. Depuis la réforme, plusieurs garde-fous ont été prévus par les textes pour l'encadrement de la fixation unilatérale du prix. Tout d'abord, il convient d'observer que s'agissant des contrats-cadres, la fixation unilatérale du prix n'est possible que si cela a été convenu entre les parties, tandis que pour les contrats de prestation de service, cette possibilité n'est prévue qu'à défaut

²⁰⁸¹ C. civ., art. 1164.

²⁰⁸² C. civ., art. 1165.

²⁰⁸³ C. civ., art. 1224 et art. 1226.

²⁰⁸⁴ À tout le moins dans certaines hypothèses.

²⁰⁸⁵ « Fiche d'impact projet de texte réglementaire », NOR : JUSC1522466R, du 9 févr. 2016, Dossiers législatifs – Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, spéc. p. 42.

²⁰⁸⁶ Il s'agit plutôt d'un résultat, d'une conséquence.

²⁰⁸⁷ En ce sens, si l'appréciation du prix fixé au regard du prix pratiqué sur le marché constitue à l'évidence un élément objectif d'appréciation de la fixation abusive, c'est surtout le comportement du contractant fautif qui sera considéré comme la matrice d'évaluation de l'abus.

²⁰⁸⁸ Sur ce point, v. not. : M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *CCC*, 1996, comm. n° 92.

²⁰⁸⁹ Cass. ass. plé., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 91-15.999, n° 93-13.688 ; *D.*, 1996, p. 13, note L. AYNES ; *RTD civ.*, 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; *LPA*, 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSION ; *Dedrénois*, 1996, 748, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G.*, 1995, II, 22565, obs. J. GHESTIN. Rapp. Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2004, n° 03-13.847 ; *RDC*, 2004, 925, obs. D. MAZEAUD.

²⁰⁹⁰ Tel que l'article 1591 du Code civil en matière de vente.

d'accord des parties. En outre, le législateur a instauré une obligation de motivation à la charge du contractant fixant le prix afin de préserver l'autre partie du pouvoir accordé à son partenaire. Enfin, il est prévu dans tous les cas de sanctionner l'abus dans la fixation du prix.

Au regard de ces dispositifs, le petit professionnel n'a vraisemblablement pas de craintes particulières à avoir quant aux éventuels risques dans la fixation unilatérale du prix. Peut toutefois être relevé le pouvoir retiré au juge en vue de la révision du prix et les problèmes engendrés en l'absence de prix fixé au contrat²⁰⁹¹. Préjudiciable dans tous les cas, cette décision l'est d'autant plus en présence d'un petit professionnel puisque le juge apparaît comme le garant de l'équilibre des forces en cas d'inégalité entre les parties. En outre, dans les contrats de prestation de service, en l'absence d'accord entre les parties sur le prix, il n'est pas exclu que le petit professionnel soit tenu de régler pendant un certain temps le prix unilatéralement fixé par le créancier.

706. - **Le risque d'abus dans la résolution unilatérale du contrat.** La mise en place de la résolution unilatérale du contrat n'a pas toujours été simple²⁰⁹². La nécessaire conciliation des intérêts du débiteur et du créancier justifie, en effet, d'instaurer des conditions à son application. Les textes issus de la réforme du droit des contrats ont introduit la possibilité pour le créancier de procéder à la résolution unilatérale du contrat par notification en cas d'obligation non exécutée. Inspiré par la jurisprudence²⁰⁹³ et les projets d'harmonisation européens²⁰⁹⁴, le mécanisme de la résolution par notification répond aux difficultés rencontrées par le créancier en cas d'inexécution avérée de l'obligation. Selon l'article 1224 du Code civil, il est de principe tout de même que l'inexécution déplorée soit « *suffisamment grave* », ce qui est de nature, normalement, à laisser le temps au contractant en difficulté afin de prendre ses dispositions pour exécuter son obligation. Cette précision a de l'importance s'agissant du petit professionnel du fait que celui-ci doit avoir une chance de conserver le bénéfice du contrat en cas d'inexécution qui pourrait être due à une difficulté passagère²⁰⁹⁵. En outre, le débiteur a toujours la possibilité de recourir au juge pour contester

²⁰⁹¹ M. LATINA et G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 421 et s., p. 365 et s.

²⁰⁹² V. en ce sens, C. JAMIN, « L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat », *JCP G.*, n° 29, 2002, II, 10113, note sous CA Nancy, 2^e ch. com., 20 nov. 2000 : JurisData n° 2000-139560.

²⁰⁹³ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485 ; *Bull. civ.* I, n° 300 ; *D.*, 1999, p. 197, note C. JAMIN ; *RTD civ.*, 1999, p. 394, obs. J. MESTRE ; *JCP G.*, 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; *Deffrénois*, 1999, 374, obs. D. MAZEAUD.

²⁰⁹⁴ Par ex., PDEC, art. 9 : 301 et art. 9 : 303.

²⁰⁹⁵ En ce sens, le créancier qui serait informé de la volonté du débiteur de s'exécuter devrait ainsi faire preuve de bonne foi si celle-ci est proposée dans un délai raisonnable. C'est ce que prévoient notamment les PDEC : PDEC, art. 9 : 303, (3), (b).

la résolution qu'il estime abusive²⁰⁹⁶. Dès lors, les inquiétudes susceptibles d'accabler le petit professionnel dont le cocontractant serait amené en urgence à notifier la résolution du contrat doivent être tempérées, d'autant qu'il n'est pas exclu que les parties écartent une telle éventualité en décidant plus simplement de recourir à une clause résolutoire ou de laisser toute difficulté à l'appréciation du juge.

707. - **Synthèse.** En dépit des craintes exprimées, l'examen des mécanismes de mise en œuvre du pouvoir unilatéral d'une partie au contrat démontre que la protection du petit professionnel est assurée par les conditions d'application prévues. De surcroît, le législateur a bien souvent pris le soin de recourir au juge en cas de difficulté afin d'assurer l'équilibre général de la relation. Cette vision rassurante des rapports contractuels est par ailleurs étayée par le renforcement de l'exigence de loyauté entre les contractants.

III. Petit professionnel et exigence de loyauté

708. - **Présentation et rapprochement.** Précédemment, il a été relevé que l'obligation de loyauté mise à la charge de l'ensemble des professionnels, et donc du petit professionnel, était particulièrement développée à l'heure actuelle, ce qui répond à un besoin de renforcement de la responsabilité des professionnels à l'égard de leurs cocontractants. Cependant, il convient de constater que le petit professionnel peut également bénéficier du renforcement de cette exigence.

709. - **Rapports inversés.** Non plus débiteur d'une obligation de loyauté renforcée²⁰⁹⁷, le petit professionnel doit donc également être en mesure de bénéficier de celle-ci, et en être un « créancier privilégié ». Tel est aussi le cas au regard des autres obligations qui découlent de la loyauté, comme l'obligation de coopération. Dès lors, le contrat doit désormais être « *perçu de moins en moins comme le choc de deux volontés contraires et de plus en plus comme un instrument de collaboration ou, du moins, de rapprochement* »²⁰⁹⁸. La collaboration des parties et le soutien mutuel dont elles doivent faire preuve sont à mettre

²⁰⁹⁶ C. civ., art. 1226, al. 4.

²⁰⁹⁷ V. *supra* n° 565 et s.

²⁰⁹⁸ J. MESTRE, « Transparence et droit des contrats », in *La transparence*, Cl. LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *RJC*, numéro spécial, nov. 1993, n° 11, p. 77.

particulièrement en exergue dans la situation du petit professionnel, ce au stade de la formation du contrat, puis de son exécution.

710. - **De l'extension du domaine de la bonne foi au principe directeur de bonne foi.** Illustration notable de l'essor du devoir de loyauté au sein du contrat, la place prise par le principe de bonne foi témoigne des impératifs de solidarité et de conciliation des intérêts qui commandent à toute relation contractuelle. De la jurisprudence, en passant par les projets européens, jusqu'à la réforme du droit des contrats le domaine d'action de la bonne foi s'est développé au point de concerner toutes les étapes du contrat et l'ensemble du processus contractuel. Au même titre que la liberté contractuelle, la bonne foi a été inscrite dans les dispositions liminaires du Code civil relatives au contrat et s'est transformée en véritable principe général du droit des contrats. L'article 1104 dudit Code dispose ainsi : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

711. - **Une obligation de loyauté renforcée au profit du petit professionnel ?** Comme pour le consommateur envers lequel il est fait preuve de plus de souplesse, il convient de se demander si le petit professionnel n'est pas aussi légitime à bénéficier d'une certaine indulgence. Précédemment, il a été relevé le caractère particulièrement strict des obligations imposées au petit professionnel parmi lesquelles peut bien évidemment être insérée l'obligation de loyauté. Aussi, il a été envisagé de réfléchir à un assouplissement de cette exigence à l'encontre du petit professionnel. Si une telle clémence pour cet acteur ne devait pas se mettre en place, il serait alors raisonnable de faire profiter ce dernier d'une obligation de même intensité, et donc d'imposer une obligation de loyauté renforcée à son partenaire plus puissant. Comme cela a d'ailleurs été justement souligné : « *sans doute serait-il possible de reconnaître un principe général du Droit imposant une obligation de loyauté entre les entreprises* »²⁰⁹⁹. Pour illustrer l'essor de l'obligation de loyauté au sein de la matière contractuelle, il est possible de s'arrêter un instant sur l'exemple de l'imprévision.

712. - **Changement imprévisible de circonstances et protection du petit professionnel.** L'imprévision constitue un exemple spécifique dans lequel la protection des professionnels doit être particulièrement développée. En effet, il est constant que les relations entre professionnels, souvent de longue durée, sont les plus susceptibles d'être éprouvées par

²⁰⁹⁹ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018/2019, n° 2214.21.

des changements de circonstances, ce qui est de nature bien entendu à bouleverser l'équilibre initial du contrat. En dépit d'une jurisprudence demeurée longtemps réticente à l'ouverture de l'imprévision²¹⁰⁰, des assouplissements ont d'abord eu lieu²¹⁰¹ avant que la réforme ne décide de reconnaître officiellement le mécanisme de la révision pour imprévision²¹⁰². Cette approche est particulièrement justifiée dans la situation du petit professionnel puisque l'imprévision est de nature à créer des déséquilibres contractuels. Si précédemment il a été mis en évidence la lourdeur des obligations pesant sur les professionnels, notamment celles de vigilance et de prévoyance, il n'est pas certain que le petit professionnel soit véritablement apte à prévoir et à anticiper tout changement de circonstances. L'imprévision permet donc de le protéger contre une telle situation, mais elle n'a pas vocation à lui être exclusive de sorte qu'il peut lui-même être contraint de s'y soumettre lorsque les circonstances contractuelles évoluent à son profit et au détriment de son partenaire.

713. - **Synthèse.** Quel que soit le domaine appréhendé, « *l'impératif de loyauté assigné à la règle de droit* » reste l'instrument privilégié de garantie de la liberté contractuelle²¹⁰³. Le rapport de confiance et de loyauté inspiré par le contrat entre les parties justifie de mettre à la charge de certains contractants, souvent professionnels, des obligations supplémentaires. Pour autant, l'application de ce phénomène doit être limitée en présence d'un petit professionnel, sauf à ce qu'il soit lui-même le bénéficiaire de ces obligations et non le débiteur.

²¹⁰⁰ Comme en témoigne le célèbre arrêt « Canal de Craponne » : Cass. civ., 6 mars 1976 ; *S.*, 1876, 1, p. 161 ; *GAJC*, t. 2, 12^e éd., 2008, n° 65.

²¹⁰¹ Notamment sur le fondement du devoir de loyauté et de bonne foi, s'agissant, par exemple, de l'obligation de renégocier et d'adapter le contrat : Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634 ; *Bull. civ.* V, n° 122 ; *D.*, 1992, p. 390, note M. DEFOSSEZ ; *RTD civ.*, 1992, p. 762, obs. J. MESTRE ; *JCP G.*, 1992, I, 3610, n° 8, obs. D. GATUMEL ; Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547 ; *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *JCP G.*, 1993, II, 22614, obs. G. VIRASSAMY ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357 ; *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *Defrénois*, 1999, p. 371, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1999, p. 98, obs. J. MESTRE. De manière plus directe bien que s'agissant d'un arrêt non publié rendu à l'occasion d'une procédure en référé : Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369 ; *D.*, 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD ; *D.*, 2010, p. 2485, note T. GENICON ; *RDC*, 2011, p. 34, obs. E. SAVAUX. La Cour de cassation fait, en effet, directement référence à « *l'évolution des circonstances économiques* » pour justifier le caractère sérieusement contestable de l'obligation alléguée issue du contrat.

²¹⁰² C. civ., art. 1195.

²¹⁰³ J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », préc., spéc. p. 258. Rapp. A. OUTIN-ADAM, « La loyauté dans le droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2000, n° 340, p. 36.

IV. Petit professionnel et lutte contre les « déséquilibres financiers »²¹⁰⁴

714. - **Inéluçtabilité et défaitisme.** Exercer une activité économique comporte des risques évidents. De surcroît, envisager un tel exercice dans une économie de marché engendre d'autant plus de difficultés que le statut plus ou moins important du professionnel concerné aura inévitablement une incidence sur l'exploitation de cette activité. Dans ces conditions, est-il possible de protéger les acteurs économiques contre tous les dangers inhérents à l'activité exercée ? À l'évidence, la réponse est négative. Mais si tout ne peut être résolu, ne faut-il pas pour autant chercher à prévenir les difficultés rencontrées par le petit professionnel et lui apporter des solutions chaque fois que cela est possible. Il est essentiel de laisser à chacun une liberté suffisante pour entreprendre ses affaires et surtout aider chaque intervenant à se responsabiliser. Tout combat n'est donc pas perdu d'avance et il est indispensable de prévenir au mieux les dangers résultant des déséquilibres contractuels, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'appréhender la question des crédits souscrits par le petit professionnel ainsi que celle des risques d'endettements excessifs, mais également à propos des retards de paiement auxquels il est susceptible d'être confronté et qui sont d'autant plus d'épreuves à surmonter. Ces points sont, en effet, sources de déséquilibres supplémentaires et d'abus. Ils illustrent en outre parfaitement les difficultés et la situation des petits professionnels qui se trouvent plus régulièrement que les autres confrontés à ces problématiques.

715. - **Un accès au crédit amélioré pour le petit professionnel.** Par une simplification des instruments et des produits de crédit qui existent, l'accès au financement source essentielle de la réussite et du bon fonctionnement de l'activité serait facilité pour le petit professionnel, comme pour l'ensemble des acteurs économiques situés sur le marché. Cet acteur doit prétendre aux mêmes chances que les autres. Des instruments financiers de partage des risques plus adaptés aux PME ont d'ailleurs été mis en place tels que le micro-financement et la création d'un « micro-fond » par le groupe de la Banque européenne d'investissement (BEI)²¹⁰⁵.

²¹⁰⁴ Les « déséquilibres financiers » sont entendus ici comme les déséquilibres résultant des retards de paiement et de l'endettement excessif du petit professionnel.

²¹⁰⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2008) 394 final, du 25 juin 2008, « Think Small First » : Priorité aux PME, un « Small Business Act » pour l'Europe, spéc. 4., n° VI.

716. - **Le petit professionnel en difficulté.** La crise sanitaire mondiale résultant du COVID-19 illustre la nécessité de prendre des mesures particulières pour permettre aux professionnels en difficulté de survivre et particulièrement aux petites structures qui sont directement touchées²¹⁰⁶. Lorsque la situation d'infériorité du petit professionnel est accentuée par une vulnérabilité économique liée à un endettement important ou à des retards de paiement par ses partenaires rendant impossible le paiement de ses propres dettes, il est indispensable de prévoir des instruments pour gérer cette situation²¹⁰⁷. La loi du 25 janvier 1985 a mis en place un régime de protection visant à encadrer le traitement des entreprises en difficulté. Si, selon le Professeur CHAZAL, la situation des consommateurs en matière de surendettement et d'insolvabilité « *comporte certaines particularités* » du moment qu'elle est perçue « *comme une espèce de mort civile, une exclusion sociale* »²¹⁰⁸, un rapprochement peut être opéré avec la situation du petit professionnel²¹⁰⁹. En effet, il en est de même pour ce dernier dont l'activité constitue bien souvent l'unique source de revenu et donc de possibilité *in fine* de consommer.

717. - **Plan.** C'est pourquoi une lutte contre les phénomènes de retards de paiement (A), et d'endettements excessifs (B) s'impose.

A. Prévention et lutte contre les retards de paiement

718. - **Retards de paiement. Généralités.** La situation du petit professionnel en cas de retards de paiement est particulièrement délicate ; sa protection en la matière²¹¹⁰ et plus largement les délais de paiement doivent être envisagés. De manière générale, l'ensemble des acteurs économiques bénéficient de la même protection concernant les retards de

²¹⁰⁶ En ce sens, le gouvernement a pris la pleine mesure des difficultés rencontrées par les entreprises en prévoyant des mesures de soutien rapides comme, par ex., l'octroi de délais, le rééchelonnement des crédits bancaires, ou encore la suspension des échéances de prêts. Pour un aperçu des mesures d'accompagnement : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/mesures-daccompagnement-des-entreprises-impactees-par-le-coronavirus-covid-19>.

²¹⁰⁷ En prévoyant, par ex., un aménagement de ses dettes par des mesures d'étalement ou de réduction en sa faveur.

²¹⁰⁸ J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 252.

²¹⁰⁹ En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE et F. PEROCHON, « Le rétablissement professionnel, à mi-chemin entre rétablissement personnel et liquidation judiciaire », in *Écrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 233 et s.

²¹¹⁰ C'est-à-dire le paiement intervenant après le délai fixé par le contrat ou la réglementation en vigueur.

paiement²¹¹¹. Pourtant, le petit professionnel plus que tout autre est souvent confronté aux retards de paiement et en supporte les conséquences directes sur son activité. Il convient d'opérer une distinction lorsque c'est le petit professionnel qui subit le retard ou lorsque c'est lui qui se retrouve à payer en retard²¹¹². Le retard de paiement des factures par les clients engendre, en effet, des conséquences importantes sur la trésorerie des petits professionnels, surtout en l'absence de fonds de roulement pour y faire face et lorsque les fonds propres sont limités ; cela nécessite pour eux de recourir à un crédit. Il faut alors prévoir, dans certains cas, une réduction des délais de paiement au profit du petit professionnel, voire une sanction pour ses cocontractants. L'ensemble des législations mises en place²¹¹³ ont permis d'apporter des éléments essentiels à la situation des petits professionnels confrontés à de telles pratiques afin d'envisager des solutions efficaces²¹¹⁴.

719. - **Encadrement des délais de paiement et petit professionnel.** Les dispositions en matière de délais de paiement sont assez strictes. Les règles édictées par l'article L. 441-10 du Code de commerce prévoient, en l'absence d'autres accords entre les parties, un délai de trente jours suivant la réception des marchandises ou l'exécution de la prestation commandée pour procéder au règlement²¹¹⁵. Le texte envisage également un délai plafond de soixante jours à compter de l'émission de la facture et un délai de quarante-cinq jours fin de mois après la date de la facture « *sous réserve que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier* »²¹¹⁶. Aussi, il est prévu que les

²¹¹¹ V. en ce sens, la Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, JO L 200 du 8 août 2000, p. 35-38, qui est venue la première harmoniser la législation au niveau européen. Celle-ci a été transposée en France par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JO n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776. Par la suite, elle a été remplacée par la Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 févr. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (refonte), JO L 48 du 23 févr. 2011, p. 1-10, qui a fait l'objet d'une transposition en France par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO n° 71 du 23 mars 2012, p.5226, et la loi n° 2013-100 du 28 janv. 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, JO n° 24 du 29 janv. 2013, p. 1721.

²¹¹² Bien que la première situation influe souvent sur la deuxième.

²¹¹³ V. not., L. n° 2001-421 du 15 mai 2001 et L. n° 2008-776 du 4 août 2008.

²¹¹⁴ Sur ce point, il y a lieu d'observer que 19 milliards d'euros sont actuellement « bloqués » par les grands groupes au préjudice des PME : *Discours prononcé par Agnès PANNIER-RUNACHER à l'occasion de la remise du rapport annuel de l'observatoire des délais de paiement*, Ministère de l'Économie et des Finances, 8 avr. 2019.

²¹¹⁵ À cet égard, il y a lieu d'observer que la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 févr. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (JOUE n° L 48 du 23 févr. 2011, p. 1) retient un délai équivalent mais à compter de la réception de la facture par le débiteur (art. 3, 3. (b)).

²¹¹⁶ C. com., art. L. 441-10, I, al. 3.

parties peuvent déroger à ces dispositions par un accord conjoint²¹¹⁷. Dans ces conditions, le partenaire plus puissant du petit professionnel ne peut laisser courir indéfiniment le non-paiement de sa facture et à l'inverse si le petit professionnel se trouve en difficulté pour régler certaines sommes, il dispose de leviers pour négocier un délai de paiement avant tout recours judiciaire²¹¹⁸. En revanche, il ne dispose pas de moyens particuliers pour lutter contre les retards de paiement de ses clients particuliers²¹¹⁹. Il faut bien comprendre que tout retard subi par le petit professionnel auprès de sa clientèle se répercutera nécessairement sur la relation qu'il entretient avec ses fournisseurs, étant rappelé que le petit professionnel ne dispose pas toujours d'une trésorerie conséquente. À cet encadrement des délais de paiement entre professionnels répond néanmoins la mise en place de sanctions.

720. - **Délais de paiement et sanctions.** Avec la récente réforme du droit de la concurrence²¹²⁰, les dispositions relatives aux délais de paiement ont fait l'objet d'un regroupement alors qu'elles étaient plus ou moins éparpillées dans le Code de commerce. Outre les frais de recouvrement dus et les intérêts mis à la charge du débiteur, il convient de relever que le manquement aux délais de paiement fixés peut être puni d'une amende pouvant aller jusqu'à 75.000,00 euros pour les personnes physiques et deux millions d'euros pour les personnes morales²¹²¹. Il est également prévu des contrôles au sein des entreprises afin de dissuader tout manquement aux règles énoncées et de discipliner le comportement des opérateurs économiques.

721. - **Synthèse.** Si la protection du petit professionnel contre les retards de paiement se met en place, des contraintes sont malgré tout susceptibles de peser sur lui et l'encadrement instauré, ainsi que les sanctions qui l'accompagnent, peuvent encore être améliorés²¹²². Aussi,

²¹¹⁷ C. com., art. L. 441-11, I.

²¹¹⁸ Étant rappelé qu'en vertu de l'article 1343-5 du Code civil, le juge peut échelonner dans la limite de deux années le paiement des sommes dues par le débiteur.

²¹¹⁹ Ce qui en pratique lui est particulièrement préjudicable étant donné que de plus en plus de particuliers font courir les délais et se permettent, par exemple, de retenir certaines sommes dans l'attente d'une relance du professionnel.

²¹²⁰ Ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF* n° 97 du 25 avr. 2019, texte n° 16.

²¹²¹ C. com., art. L. 441-16, le montant de ces amendes pouvant être doublé en cas de réitération.

²¹²² V. en ce sens, L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « La protection contre les retards de paiement et l'endettement excessif – La perspective française », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 147, spéc., p. 149 et s.

l'examen des retards de paiement n'est pas le seul à présenter un intérêt au regard de la situation financière parfois délicate du petit professionnel.

B. Prévention et lutte contre l'endettement excessif

722. - **Explications.** À l'heure où le crédit apparaît comme un moyen de survie dont le recours est particulièrement plébiscité, voire encouragé par le législateur, et où l'économie n'a jamais été autant libéralisée, le besoin de protection de certains acteurs économiques comme le petit professionnel est crucial afin d'éviter ou à tout le moins de prévenir un éventuel surendettement.

723. - **Faut-il sanctionner ou protéger le petit professionnel défaillant, endetté et difficulté ?** Comme a pu le relever le Professeur FARJAT « *les cessations de paiement sont moins le fait d'entrepreneurs défaillants, mauvais gestionnaires, que la consécration de l'évolution économique et du processus de concentration* »²¹²³. Ce phénomène s'accroît inévitablement en présence d'un petit professionnel dès lors qu'il subira avec plus de contraintes la concurrence d'un acteur plus puissant ou encore les difficultés rencontrées avec sa banque. Si les pratiques bancaires ont fait l'objet à cet égard d'une attention de la part du législateur, la tendance s'équilibre. Il est révélateur, par exemple, que celui-ci ait supprimé l'interdiction du délit d'usure²¹²⁴ pour les crédits consentis aux professionnels²¹²⁵ et plus précisément « *à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale* »²¹²⁶. Il est certes louable de relancer l'économie et l'investissement, mais se pose tout de même la question des risques encourus pour les petites structures qui se lancent parfois avec moins de moyens et en étant peut-être, moins rigoureuses, dans des projets d'envergure aux conséquences importantes. Dans ces conditions, la légitimité des sanctions prévues à l'encontre du débiteur défaillant semble atténuée. Il en

²¹²³ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 83.

²¹²⁴ Selon l'article L. 314-6 du Code de la consommation : « *Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues* ».

²¹²⁵ V. not. : L. n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, *JORF* n° 179 du 5 août 2003, p. 13449 texte n° 1, spéc. art. 32, et L. n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* n° 179 du 3 août 2005, p. 12639, texte n° 2, spéc. art. 7.

²¹²⁶ C. consom., art. L. 314-9.

est de même des effets engendrés par le principe d'irresponsabilité des créanciers, notamment des banquiers, en cas de concours accordés au professionnel en procédure collective²¹²⁷. Cette démarche semble paradoxalement se heurter à un mouvement inverse tenant à la soumission du banquier à un devoir de mise en garde accentué au profit des consommateurs²¹²⁸, mais vraisemblablement pas des petits professionnels²¹²⁹. Par conséquent et avant de les sanctionner, le droit doit accompagner ces derniers qui font face à ce genre de difficultés. Surtout, il existe des moyens et des pistes qui peuvent être envisagés pour lutter contre les dangers résultant de l'endettement excessif. Une protection pourrait ainsi être mise en œuvre au profit du petit professionnel en s'inspirant du modèle allemand qui vise à appliquer les règles de protection du consommateur en matière de crédits aux jeunes entreprises nouvellement créées, bien souvent des petites entreprises²¹³⁰. Il convient tout spécialement ici de lutter contre les crédits excessifs et les emprunts démesurés susceptibles d'engendrer la défaillance du petit professionnel. L'étude de ces phénomènes fait écho, en France, à la théorie mise en œuvre par le Doyen RIPERT et qui prend un sens particulier pour le petit professionnel dans ce contexte.

724. - « **Le droit de ne pas payer ses dettes** »²¹³¹ **et le petit professionnel**. Les mécanismes tendant à l'octroi de délais de grâce ou encore à la « purge » du passé avec le dépôt de bilan semblent présenter un intérêt tout spécifique dans la situation évoquée du petit professionnel qui doit faire face à des contraintes financières toujours plus lourdes. De ce fait, il apparaît désormais plus important de tenter de sauver une activité économique, une entreprise ainsi que les emplois qu'elle génère plutôt que de sauvegarder l'intérêt des créanciers et le règlement de leur dette. S'il est possible dans cette hypothèse de faire abstraction de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique de manière équilibrée et adaptée, il est fort probable qu'il soit envisageable de le faire dans d'autres conditions, par exemple au moment de la formation et de la conclusion du contrat. Il n'est donc pas vain de

²¹²⁷ C. com., art. L. 650-1. À noter toutefois que le législateur a prévu trois hypothèses où la responsabilité du banquier peut être engagée par exception au principe posé : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées.

²¹²⁸ En ce sens : C. consom., art. L. 312-14.

²¹²⁹ Sauf à démontrer qu'ils seraient des emprunteurs non avertis, mais sans garantie aucune : L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « La protection contre les retards de paiement et l'endettement excessif – La perspective française », spéc. p. 157.

²¹³⁰ Sur cette approche : O. REMIEN, « La protection contre les retards de paiement et l'endettement excessif – La perspective allemande », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 137 et s., spéc., p. 144.

²¹³¹ G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.H.*, 1936, p. 57.

chercher à protéger les acteurs économiques en difficulté quand bien même cela serait de nature à créer une insécurité juridique qui pourrait d'ailleurs facilement être supportée par les autres parties souvent plus puissantes et mieux armées.

En définitive, l'idée semble bien d'envisager le développement d'une forme de « *droit social des contrats* » comme déjà réfléchi²¹³², mais qui n'oublierait pas le petit professionnel.

725. - **Endettement excessif du petit professionnel en difficulté.** Si malgré les mesures de prévention envisagées, le petit professionnel a été contraint de s'endetter pour sauver son activité, il convient alors de lui apporter une protection au moment des tentatives de redressement de son activité. C'est la direction prise par certaines procédures telles que la conciliation²¹³³, la sauvegarde de justice²¹³⁴ ou encore le rétablissement professionnel²¹³⁵. En dépit d'un taux de réussite parfois très faible, ces procédures tentent de protéger le petit professionnel en difficulté, mérite qu'il faut tout de même leur reconnaître.

726. - **Prévention et réaction.** Au-delà de la prévention de l'endettement excessif du petit professionnel, il convient également de réfléchir à un traitement en profondeur des difficultés susceptibles de se présenter à ce contractant spécifique, que se soit par un meilleur encadrement de sa situation ou par une prise de conscience globale des engagements. Le phénomène de surendettement des petits professionnels est en constante progression²¹³⁶ et conduit à accentuer le risque de cessation de paiement en raison d'éventuels non remboursements des crédits souscrits. Si le droit du surendettement n'a pas pour vocation de résoudre l'ensemble des difficultés rencontrées par le petit professionnel, il faut tout de même

²¹³² J.-B. RACINE, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA*, 2006, n° 63, p. 37. Adde, D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, JurisClasseur, 1999, p. 603 et s.

²¹³³ Procédure amiable qui intervient avant l'état de cessation des paiements, c'est-à-dire lorsque l'actif disponible ne permet pas de faire face au passif exigible, ou si cet état n'excède pas quarante-cinq jours, et qui a vocation par ailleurs à aider le professionnel pour surmonter à la fois une difficulté économique ou financière, mais également une difficulté juridique : C. com., art. L. 611-4.

²¹³⁴ Procédure qui a notamment pour but de prévenir la mise en redressement ou en liquidation en facilitant, par exemple, l'octroi de crédits : C. com., art. L. 620-1 et s.

²¹³⁵ Procédure qui doit permettre le droit au rebond du petit professionnel : C. com., art. L. 631-1 et s.

²¹³⁶ Le taux d'endettement des PME est souvent plus élevé et la part du financement bancaire dans l'endettement financier des PME plus importante que pour les autres entreprises : « État des lieux de l'endettement des agents privés non financiers », Rapport du Haut Conseil de Stabilité Financière (HCSF) disponible à l'adresse suivante : https://www2.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/hcsf/HCSF_Rapport_endettement.pdf, spéc. p. 8. V. égal. de manière plus générale sur ce point : Rapport annuel 2019 du HCSF disponible à l'adresse suivante : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/hcsf/Rapport-annuel-2019.pdf.

lui reconnaître la volonté de maintenir un certain équilibre dans la société et dans le monde économique quitte pour cela à remettre en cause la vision civiliste du contrat²¹³⁷.

727. - **Conclusion de la Section II.** Même face aux déséquilibres contractuels, le petit professionnel demeure un contractant vulnérable. Si les droits spéciaux peuvent en certains points pallier les manques du droit commun et inversement, la protection instaurée reste très générale et ne vise qu'une partie des déséquilibres souvent appréhendés comme les plus dangereux. Cependant, le socle sur lequel tous les professionnels ont longtemps été placés²¹³⁸, semble peu à peu s'effriter. Si une volonté de protection des professionnels se développe, elle doit se faire de manière pragmatique et raisonnée afin que personne ne soit oublié en chemin, et surtout pas le petit professionnel.

728. - **Conclusion du Chapitre I.** Pour les nombreuses raisons exposées, le petit professionnel n'apparaît pas de taille à affronter certains partenaires tels que les grandes entreprises ou les professionnels plus puissants qui viennent lui dicter leurs conditions et contre lesquels il n'a pas les moyens d'agir. La complexité accrue des relations juridiques rend toute lutte inégale. S'ensuit la problématique portant sur les risques encourus pour la liberté et la sécurité contractuelles avec la mise en place d'une protection spécifique des droits du petit professionnel²¹³⁹. La multiplication des réglementations entraîne une transformation des relations contractuelles. Pourtant, quelle que soit la branche considérée, le petit professionnel ne ressort pas spécifiquement et semble être négligé²¹⁴⁰. Il convient dès lors de transcender l'hétérogénéité de cette situation pour mettre en place l'application d'un régime adapté à ce contractant. L'emprise de son partenaire justifie d'adapter les mécanismes protecteurs à sa situation et d'articuler les critères *a priori* au moment de la conclusion du contrat, mais aussi *a posteriori* durant son exécution et son appréciation. L'entreprise n'est pas aisée puisque celui-ci se rapproche à la fois des « parties faibles », en tant que « petit », et des « parties fortes », en tant que « professionnel ». Au-delà du danger de stigmatisation de la

²¹³⁷ J.-B. RACINE, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », préc.

²¹³⁸ Au nom de la liberté contractuelle, ou encore de leur compétence présumée, voire de leur spécialité et de leur savoir estimé incomparable.

²¹³⁹ Dans une certaine mesure, il est néanmoins possible d'affirmer que la contrainte engendre la liberté et qu'une personne n'est jamais autant libre que lorsqu'elle est obligée puisque dans cette hypothèse elle est certaine de pouvoir, et d'avoir le droit de faire ce qui lui est permis.

²¹⁴⁰ L'engouement suscité par la protection du consommateur et la naissance d'un droit de la consommation aux dispositions impératives n'a pas touché le professionnel, ni le petit professionnel : au Code de la consommation ne répond pas encore un Code de l'activité professionnelle, v. cependant pour une réflexion en ce sens : D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. BOUCOBZA, Fondation Varenne Collection de thèses, 2011.

catégorie des petits professionnels, l'échec de certaines dispositions des droits spéciaux ou du droit commun appliquées à sa situation laisse entrevoir la nécessité d'adapter celles-ci de manière concrète²¹⁴¹. Le renforcement des droits du petit professionnel ne constitue pas le seul domaine où un travail d'aménagement est nécessaire, l'accès au droit du petit professionnel présente également un intérêt particulier.

²¹⁴¹ Cette démarche présente, en outre, l'avantage de proposer la mise en place d'un régime autonome pour le petit professionnel et plus largement de règles communes permettant d'uniformiser la protection du professionnel en situation de faiblesse, afin que sa protection soit plus efficace, plus lisible et conquiert une certaine autonomie notamment par rapport au droit de la consommation.

Chapitre II :

La préservation des droits du petit professionnel par des outils processuels

729. - **Présentation.** La prise en compte du droit processuel a pendant longtemps été évincée par rapport aux dispositions d'ordre substantiel²¹⁴². Pourtant, il a été relevé que « *dans le cas particulier des personnes [...] faibles, cette attitude intellectuelle pourrait bien procéder d'une erreur de perspective* »²¹⁴³. Garantir et préserver les droits d'un contractant, comme le petit professionnel, passe donc impérativement par un attachement prioritaire aux règles de procédure.

En cas de litige, la palette des modes d'action offerts aux contractants est très large, particulièrement dans les différends qui surviennent entre professionnels²¹⁴⁴. Qu'il s'agisse des recours amiables, des modes alternatifs pour le règlement des différends, de l'intervention d'instances tierces²¹⁴⁵, d'un droit de police administrative²¹⁴⁶, ou encore du juge, les parties ne sont pas totalement démunies face aux difficultés rencontrées. Pourtant les complications ne

²¹⁴² Monsieur FOSSIER regrettait ainsi au début du XXI^e siècle que « *l'attention du juriste se porte toujours prioritairement sur le droit substantiel* » tandis que « *les finesses du droit de la preuve et de la procédure, paraissent secondaires* » : Th. FOSSIER, « La procédure civile et les personnes vulnérables », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 265.

²¹⁴³ Th. FOSSIER, *ibid.*

²¹⁴⁴ V. not. : C. KESSEDJIAN, « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 601 et s.

²¹⁴⁵ Qui peuvent disposer d'une certaine influence sur le pouvoir judiciaire, comme par ex., la Commission des clauses abusives, sur laquelle v. : L. LEVENEUR, « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées nationales Association Henri CAPITANT, LGDJ, 1997, p. 155 et s.

²¹⁴⁶ Il y a lieu d'évoquer, par ex., les pouvoirs d'enquêtes, et la compétence des agents de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DCCRF) repris au Livre V du Code de la consommation.

résident pas nécessairement dans l'accès à ces moyens d'action mais plutôt dans leur mise en œuvre²¹⁴⁷, leur articulation²¹⁴⁸, voire les conséquences qu'ils engendrent.

730. - **Démarche.** Lorsqu'il s'agit d'évoquer les droits du petit professionnel, il vient immédiatement à l'esprit la question des moyens d'action mis à sa disposition pour les préserver. Plus précisément, il surgit une crainte : la peur des représailles de toute évidence, mais également les frais engendrés ou encore, et une nouvelle fois, l'équilibre des pouvoirs face à son partenaire plus puissant. Préserver les droits du petit professionnel signifie lui assurer la possibilité de les exercer²¹⁴⁹. Qu'il s'agisse de l'approche judiciaire ou des procédures extrajudiciaires²¹⁵⁰, il est nécessaire d'appréhender la protection du petit professionnel sous un angle procédural afin que celui-ci soit en mesure de se protéger, et puisse disposer des outils pour établir une protection efficace de ses droits.

De manière idéale, lorsqu'une difficulté surgit, le réflexe devrait être de chercher à transiger, chacun décidant de faire des concessions pour conduire à un arrangement et mettre ainsi fin au litige. Dans cette optique, la transaction apparaît comme l'outil adéquat pour résoudre un conflit sans l'intervention d'un juge ou d'un arbitre. Le recours à la méthode transactionnelle devrait donc constituer le premier moyen d'action. Comme l'a très bien résumé un auteur : « *Offrir plus de sécurité juridique aux entreprises et réduire les coûts procéduraux de l'Autorité et des parties, voici les avantages clairement identifiés de la transaction* »²¹⁵¹. Cependant, la réalité n'est pas toujours aussi évidente et un rapide tour d'horizon de la jurisprudence, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, conduit à relever l'esprit conflictuel et procédural²¹⁵² qui imprègne encore la matière contractuelle²¹⁵³. Dès lors, il est nécessaire de se tourner vers des instruments procéduraux de règlement des litiges.

²¹⁴⁷ Au travers, par ex., de pressions exercées pour ne pas agir, alors que bien souvent c'est le plus puissant qui craint le juge et qui a le plus à perdre. Il est possible de penser en ce sens que la défense de la sécurité juridique pour lutter contre les risques d'intervention du juge est parfois animée par l'appréhension résultant de son appréciation, alors même que le juge demeure le garant de la justice par son indépendance et son impartialité.

²¹⁴⁸ Not. en cas de conflit entre plusieurs procédures lorsqu'elles sont intentées en parallèle.

²¹⁴⁹ Cela revient donc à lui permettre de se défendre régulièrement dans chaque situation et de garantir l'utilisation des instruments protecteurs à son profit. Il ne convient donc pas seulement de lui assurer des droits, il doit être en mesure de les préserver sans craindre des représailles ou sans risquer de devoir payer un coût important.

²¹⁵⁰ Il y a lieu de relever à cet égard que les réticences initialement témoignées par le Code civil en matière d'arbitrage ont très vite été dépassées. Parmi les différents modes alternatifs de règlements des conflits, l'arbitrage fait désormais figure de modèle à côté de la conciliation et de la médiation.

²¹⁵¹ C. PAULHAC, « L'autorité de la concurrence publie son communiqué « transaction » », CCC, n° 4, avr. 2019, alerte 13.

²¹⁵² Pour ne pas dire procédurier.

²¹⁵³ Et d'ailleurs la société de manière générale. Même si le recours à des modes alternatifs de règlement des litiges est de plus en plus encouragé, il faut être conscient de la réalité des conflits qui ne peuvent malheureusement pas toujours se solutionner sans recourir à un tiers et plus particulièrement au Juge.

731. - **Plan.** Il convient, par conséquent, de revenir sur les modalités de recours à l'arbitrage par le petit professionnel (Section I), ainsi que sur ses conditions d'accès au juge (Section II).

Section I : Le petit professionnel et le recours à l'arbitrage

732. - **Quelle place pour le petit professionnel dans l'arbitrage ?** L'arbitrage s'intéresse à tous les contractants et donc au petit professionnel. Si de prime abord, ce mode de règlement des conflits ne semble pas particulièrement adapté à la situation des parties jugées faibles, l'évolution des pratiques et du contexte contractuel a conduit les contractants de petite taille à se rapprocher de celui-ci. À cet égard, une protection du petit professionnel peut et doit également être mise en place dans le cadre de l'arbitrage qu'il s'agisse de sa préparation ou de l'organisation et de la mise en œuvre de la procédure arbitrale proprement dite.

733. - **Plan.** Après une brève présentation de l'arbitrage (I), il conviendra d'examiner sa mise œuvre (II), afin d'en faire la critique (III) pour ce qui est de son application au petit professionnel.

I. Présentation

734. - **Généralités.** L'ancienneté et la conception élargie de l'arbitrage ne sont plus à démontrer²¹⁵⁴. À côté de la médiation et de la conciliation, l'arbitrage apparaît comme le mode de règlement extrajudiciaire des litiges particulièrement plébiscité par les opérateurs contractuels. L'arbitrage consiste donc à recourir par la voie du contrat à la juridiction d'un tiers indépendant et impartial en cas de litige. Autrement dit, les parties se mettent d'accord pour renoncer à saisir une juridiction étatique au profit d'un tiers qui sera chargé de trancher le litige les opposant. Pour autant, la procédure devra également respecter les règles du

²¹⁵⁴ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, LGDJ, 1987, n° 1, p. 1 et n° 775, p. 367

procès²¹⁵⁵ et la sentence arbitrale rendue est une décision impérative qui aura alors force obligatoire entre les parties.

735. - **Domaine de l'arbitrage.** Régi par les dispositions des articles 1442 et suivants du Code de Procédure Civile, l'arbitrage touche désormais l'ensemble des domaines du droit²¹⁵⁶. Alors que pendant longtemps la clause compromissoire concernait principalement, voire exclusivement, les contrats « *conclus à raison d'une activité professionnelle* »²¹⁵⁷, la loi du 18 novembre 2016²¹⁵⁸ a supprimé toute référence aux contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, de sorte que même un contrat civil peut être soumis à l'arbitrage, même s'il s'agit d'un contrat de consommation²¹⁵⁹.

Évoquer l'arbitrage revient à considérer la capacité du petit professionnel à utiliser cette voie, à analyser son coût et les conditions de son financement, ainsi que les modalités du déroulement de cette procédure et son aptitude à assurer l'égalité des parties. En tant que mode « juridictionnel privé » de résolution des litiges, l'arbitrage doit faire l'objet d'un encadrement spécifique, notamment dans le cas où il concerne un petit professionnel. Cet outil, particulièrement utilisé en droit des affaires pour procéder à la résolution des conflits, peut également être source de déséquilibres et de difficultés. Le petit professionnel s'avère en l'occurrence être une partie faible à l'arbitrage. C'est pourquoi, il est nécessaire de tenir compte de sa position particulière et spécifiquement au regard de l'aspect financier et du niveau d'expérience. L'inégalité d'information et d'expérience des intervenants se retrouve dans ce mode de règlement des litiges au même titre qu'elle est présente dans le cadre des relations contractuelles. Ces éléments sont de nature à remettre en cause l'intérêt pour certains acteurs économiques d'aller vers l'arbitrage et de pratiquer cette procédure qui peut s'avérer source de danger, voire d'absence d'équité.

736. - **Transition.** Alors qu'il présente tous les atouts de la procédure idéale pour la résolution des conflits et l'accès à la justice, l'arbitrage n'apparaît-il pas par ailleurs comme

²¹⁵⁵ Not. les garanties du procès équitable.

²¹⁵⁶ Le recours à l'arbitrage s'observe dans une grande majorité des matières contractuelles : qu'il s'agisse du droit du travail, du droit de la concurrence, voire du droit de la consommation.

²¹⁵⁷ C. civ., art. 2061, modifié par la L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* 16 mai 2001, p. 7776.

²¹⁵⁸ L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* 19 nov. 2016.

²¹⁵⁹ À cet égard, les formes prises par l'arbitrage sont très variées. Outre la distinction entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne, il est possible d'appréhender l'arbitrage dans les différents contentieux existants en matière d'investissement, en droit de la famille, en droit commercial, en droit sportif, en droit social, etc.

une solution inégale et risquée ? Il convient donc d'apprécier sa mise en œuvre en présence d'un petit professionnel.

II. Mise en œuvre

737. - **Généralités.** À l'exception essentielle des matières relevant de l'ordre public, le recours à l'arbitrage est permis dans la plupart des domaines. Pour y recourir, les parties disposent de plusieurs alternatives dont la principale est de formaliser ce recours par le biais d'une clause compromissoire ou plus généralement d'une convention d'arbitrage²¹⁶⁰. Celle-ci étant laissée à la libre appréciation des parties, le bon sens commande d'être particulièrement vigilant dans son élaboration en présence de partie en position délicate comme le petit professionnel²¹⁶¹. La doctrine a ainsi eu l'occasion de s'interroger sur l'éventuelle incongruité de recourir à l'arbitrage pour les parties faibles²¹⁶². Pourtant, en ce qu'il permet *in fine* un accès à la justice, le recours à l'arbitrage offre des possibilités évidentes pour l'ensemble des acteurs économiques, faibles ou forts, et donc pour le petit professionnel. C'est pourquoi, son accès a été favorisé, tout en faisant l'objet d'un encadrement particulier.

Hormis les cas où les parties ont prévu la possibilité de faire appel de la sentence arbitrale, les recours à l'encontre de celle-ci sont limités. Elle pourra, dans certains cas, faire l'objet d'un recours en annulation. La recevabilité de ce recours est conditionnée à certaines exigences comme la remise à la juridiction saisie du recours par la voie électronique.

738. - **Une procédure facile d'accès et rapide.** Généralement présenté comme le mode de règlement des litiges adapté en matière commerciale, l'arbitrage a bénéficié d'une mise en œuvre facilitée, visant à mettre à la disposition des parties une procédure simplifiée permettant d'améliorer le recours à la justice. En matière contractuelle, la procédure arbitrale débutera par l'insertion d'une clause compromissoire dans le contrat puisque l'arbitrage découle nécessairement d'un accord entre les parties. L'admission de ce type de clauses n'a

²¹⁶⁰ Il arrive également que les parties s'entendent en cas de litige et décident d'établir un compromis pour s'en remettre à l'arbitrage.

²¹⁶¹ La convention d'arbitrage répond, en effet, aux mêmes règles que n'importe quel contrat de sorte que les protections exigées dans certains cas doivent nécessairement être mises en place dans cette hypothèse.

²¹⁶² En ce sens, M. de FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, préf. T. CLAY, Economica, 2013. L'auteur s'attache particulièrement à mettre en évidence les rapports entretenus entre les parties faibles et cette forme de justice privée. Il relève d'ailleurs que s'il semble difficile de concevoir une articulation entre ces deux entités, des interactions sont possibles et doivent être encouragées.

pas toujours été reconnue²¹⁶³ et il a fallu attendre la loi du 31 décembre 1925 pour tempérer l'interdiction de celles-ci dans les rapports commerciaux²¹⁶⁴. Par la suite, c'est la loi dite « NRE » du 15 mai 2001 qui a étendu plus largement la validité de ces clauses aux contrats conclus à raison d'une activité professionnelle²¹⁶⁵. Si le domaine d'application des clauses compromissoires a été étendu par la loi précitée du 18 novembre 2016, il n'en demeure pas moins que selon l'article 2061 alinéa 2 du Code civil : « *lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». Ce mécanisme demeure donc essentiellement un instrument privilégié aux relations entre professionnels où l'équilibre des forces est censé être respecté.

739. - **Conditions et critères.** En raison de l'autonomie de la clause compromissoire²¹⁶⁶, sa validité suppose l'expression d'une volonté et d'un consentement de la part de chaque partie²¹⁶⁷. Par ailleurs, la gravité de l'engagement résultant de la clause compromissoire, qui a tout de même vocation à exclure toute saisie d'une juridiction étatique, justifie l'exigence d'un écrit à peine de nullité²¹⁶⁸. Il n'est toutefois pas exclu de conclure la convention d'arbitrage par voie électronique²¹⁶⁹. Aussi, la convention d'arbitrage répond d'une manière générale à l'ensemble des règles régissant les contrats.

740. - **Transition.** Tout semble être mis en œuvre afin que l'arbitrage constitue un véritable accès à la justice pour chaque partie. Cependant, si le tableau dressé est séduisant, il

²¹⁶³ Longtemps, la jurisprudence est demeurée indifférente en prohibant les clauses compromissoires : Cass. civ., 10 juill. 1843 ; *Rev. arb.*, 1992, 399. Pour une approche détaillée : Ch. JARROSSON, « La clause compromissoire (art. 2061 C. civ.) », *Rev. arb.*, 1992, 259.

²¹⁶⁴ L. du 31 déc. 1925 validant la clause commerciale en matière commerciale. Sur laquelle pour une vision critique : H. MAZEAUD, « La législation commerciale interne », *Revue d'économie politique*, vol. 40, n° 2, 1926, p. 427 et s.

²¹⁶⁵ L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776, texte n° 2 ; l'article 126 ayant modifié l'article 2061 du Code civil qui prohibait ces clauses compromissoires.

²¹⁶⁶ Autonomie qui a été reconnue, d'abord, en matière d'arbitrage international (Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963 ; *Bull. civ.* I, n° 246 ; *D.*, 1963, p. 545, note J. ROBERT ; *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615, note H. MOTULSKY ; *JDI*, 1964, p. 83, note J.-D. BREDIN ; *JCP G.*, 1963, II, n° 13405, note B. GOLDMAN ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60, note P. FRANCESKAKIS), et, plus tard, en matière interne (Cass. 2^{ème} civ., 4 avr. 2002, n° 00-18.009 ; *Bull. civ.* II, n° 68 ; *D.*, 2003, p. 1117, note L. DEGOS ; *Rev. arb.*, 2003, p. 103, note P. DIDIER ; *Dr. et patr.*, 2002, n° 3109, obs. J. MESTRE ; *JCP G.*, 2002, II, n° 10154, note S. REIFEGERSTE ; *JCP G.*, 2003, I, n° 105, n° 2, obs. C. SERAGLINI).

²¹⁶⁷ L'autonomie de la clause compromissoire est déterminante puisque la nullité ou la caducité du contrat dans lequel elle se trouve insérée n'aura pas d'effet sur celle-ci. À l'inverse, la nullité de la clause compromissoire n'a aucun effet sur la validité du contrat au sein duquel elle a été insérée.

²¹⁶⁸ CPC, art. 1443.

²¹⁶⁹ L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF* n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2.

est nécessaire d'aborder les risques et les faiblesses de cette procédure particulièrement en présence d'un contractant tel que le petit professionnel.

III. Critique

741. - **Explications.** Par nature, les litiges de faible importance, ou encore ceux opposant des personnes économiquement moins puissantes, ne sont pas exclus de l'arbitrage. Néanmoins, pour le petit professionnel, recourir à ce mode de règlement c'est prendre le risque de se trouver confronté à un conflit juridique face à une partie qui dispose de moyens bien supérieurs et donc qui part avec un avantage certain. Le déséquilibre suspecté au sein de la relation contractuelle semble alors se transposer à l'occasion du litige susceptible de prendre forme entre les parties. C'est pourquoi, il est légitime de s'interroger : faire principalement reposer le choix du recours à l'arbitrage sur la volonté des parties n'est-il pas nécessairement source de risques pour le contractant se trouvant en position d'infériorité ?

742. - **Une procédure complexe et coûteuse.** Le petit professionnel, en tant que partie disposant de faibles moyens, ou à tout le moins de moyens inférieurs aux autres contractants professionnels, doit pouvoir être protégé dans la mise en œuvre de cette procédure arbitrale bien souvent très onéreuse. Le problème de l'impécuniosité de l'une des parties à l'arbitrage est d'ailleurs particulièrement marquant aujourd'hui compte tenu du coût souvent important de ce mode alternatif de règlement des litiges associé au manque de moyens de certaines parties²¹⁷⁰. Ce phénomène s'ajoute aux hypothèses où une partie serait empêchée d'agir devant le juge et qui rendent pourtant l'arbitrage indispensable, voire incontournable. La complexité de la procédure se révèle également dans l'éventuel recours formé à l'encontre d'une sentence arbitrale.

743. - **Constat.** L'examen de la procédure d'arbitrage permet un constat : cette procédure apparaît plus adaptée aux parties entre lesquelles le rapport de force est équivalent et équilibré, que pour celles qui se trouvent dans des positions inégales. De plus, malgré son

²¹⁷⁰ En ce sens, T. CLAY, « Arbitrage et impécuniosité », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 253 et s. L'auteur s'interroge ainsi s'agissant de l'accès de tous à la justice : « *L'arbitrage, parce qu'il est onéreux, ne contient-il pas, en lui-même, le ferment du déni de justice ?* » et de manière plus provocante : « *l'arbitrage n'est-il pas fait que pour les riches ?* », spéc. n° 4 et 5, p. 254. Il met également en évidence que l'état d'impécuniosité n'est pas exclusif de la qualité de partie à l'arbitrage, mais peut toucher le centre d'arbitrage ou l'arbitre, spéc. n° 10 et s., p. 256 et s.

accès facile, elle ne semble pas véritablement correspondre à la situation du petit professionnel dont le manque de moyens, financiers et autres, peut être préjudiciable dans la mise en œuvre de cette « justice parallèle » au coût élevé et au recours complexe. Cependant, les parties considérées comme faibles ne sont pas négligées par le droit de l'arbitrage²¹⁷¹.

744. - **L'arbitrage au soutien du petit professionnel ?** En ce qu'il est généralement perçu comme un mode de règlement des litiges entre contractants de même poids et pour des enjeux plutôt élevés, l'arbitrage ne semble pas *a priori* adapté à la situation du petit professionnel qui ne dispose pas des moyens suffisants pour y recourir. Cependant, à l'heure de l'extension et de la généralisation de cette procédure, est-il réellement possible de déterminer à qui profite le mieux l'arbitrage ? Est-ce toujours au plus fort, au plus grand, ou peut-il également bénéficier au petit ?

745. - **Pistes de protection du petit professionnel recourant à l'arbitrage.** De toute évidence, l'existence du petit professionnel ne doit pas être ignorée par les procédures de règlements des litiges telles que celle de l'arbitrage. Néanmoins, le recours à celles-ci n'a pas pour dessein de rendre encore plus compliquée la situation de cet acteur qui ne pourrait pas assumer, par exemple, le coût des frais de procédure²¹⁷². En qualité de partie faible, le petit professionnel mérite également une prise en compte particulière par le biais de l'arbitrage. Pour ce faire, des mesures de protection peuvent être mises en place à différents niveaux dans le processus d'arbitrage : à la fois dans le cadre de la conclusion de la convention d'arbitrage, ainsi qu'à l'occasion de la mise en œuvre proprement dite de la procédure arbitrale.

Par ailleurs, certaines pistes et ouvertures peuvent apparaître pour protéger le petit professionnel qui ne disposerait pas d'assez de moyens pour recourir à l'arbitrage. Par exemple, en l'absence d'entente entre les parties, celles-ci pourraient décider de recourir au mécanisme du *third party funding*, c'est-à-dire à la possibilité de faire financer les frais de contentieux par un tiers au litige qui pourra de son côté récupérer un pourcentage sur les éventuelles sommes recouvrées à l'issue du conflit²¹⁷³. Perçu comme une possibilité de

²¹⁷¹ V. not. sur cette question : M. de FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, préf. T. CLAY, Economica, 2013 ; K. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *Cah. arb.*, 2007/2, p. 22.

²¹⁷² Il s'agit notamment de l'hypothèse où le petit professionnel, demandeur à l'arbitrage, fait face au refus de l'autre partie de payer sa part des frais, et ne peut tout simplement pas avancer l'intégralité des sommes à prévoir, ce qui peut empêcher la mise en œuvre de la procédure.

²¹⁷³ Sur lequel, v. not. : O. ANCELIN et M. de CAUSANS, « Les prémices du Third Party litigation funding en France. Ou l'introduction progressive du financement de procès par un tiers », *JCP E.*, n° 45, 2015, 1527 ; K. BONEVA-DESMICHT, « 3 questions. Le *third party funding* », *JCP E.*, n° 35, 2016, 672. V. égal., pour une approche plus détaillée les thèses récemment soutenues : J. BIOULES, *Le financement de l'arbitrage*

promouvoir l'accès à une justice privée en donnant les moyens à « *une petite ou moyenne entreprise de faire valoir ses droits* » face aux « *grandes sociétés* »²¹⁷⁴, ce phénomène présente aussi des dangers. Le risque n'est-il pas alors de faire de cette action une sorte d'investissement, ce qui conduit à une forme de privatisation, voire de marchandisation de la procédure. Le Professeur CLAY a bien compris cette hypocrisie en évoquant le fait que « *l'arbitrage est devenu un marché* »²¹⁷⁵. Loin de l'idée d'une justice gratuite et simple, l'arbitrage a vocation à se complexifier et devient empreint de considérations pécuniaires incontournables qui gommant ses attraits premiers. Une telle vision de l'arbitrage semble alors déconnecter cette procédure de la situation propre à certains contractants comme le petit professionnel²¹⁷⁶, d'autant plus que les difficultés financières rencontrées par une partie à l'arbitrage pour mettre en œuvre la procédure ne constituent pas, en elles-mêmes, un critère de remise en cause de la convention d'arbitrage²¹⁷⁷. Bien plus, les juges du fond ont eu l'occasion d'indiquer, ce qui est de nature à contrarier tout particulièrement le petit professionnel, que « *le déséquilibre significatif de la relation commerciale [...], est sans effet sur la validité de la clause compromissoire du fait de l'autonomie de celle-ci par rapport au contrat qui la contient* », la preuve de l'importance des coûts procéduraux engendrés par l'arbitrage n'étant pas, en outre, établis²¹⁷⁸.

En dernier recours, le petit professionnel pourrait, semble-t-il, invoquer la solidarité entre litigants s'agissant du paiement des frais de la procédure d'arbitrage. C'est en tout cas ce que semble permettre une jurisprudence récente de la Cour de cassation qui souligne : « *la nature solidaire de l'obligation des parties au paiement des frais et honoraires des arbitres résultait du contrat d'arbitre* »²¹⁷⁹. La portée générale de cette décision autorise à penser qu'elle

international par des tiers, th. Aix-Marseille, 2018 ; M. JACOB, *Le financement du procès par un tiers dans l'arbitrage international*, th. Paris Sud, 2018 ; K. MECHANTAF, *Le financement de l'arbitrage par les tiers. Une approche française et internationale*, th. Paris 1, 2019, citées par le Professeur CLAY : T. CLAY, « Arbitrage et impécuniosité », préc., spéc. p. 267.

²¹⁷⁴ J.-R. COSTARGENT parrainé par G. LEPAGE, « Le financement par un tiers comme réponse aux évolutions de l'arbitrage international », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles – Versailles University Arbitration Journal*, n° 1, oct. 2012, 2.

²¹⁷⁵ T. CLAY, « Arbitrage et impécuniosité », préc., spéc. n° 22, p. 262. V. égal., de manière plus large : W. BEN HAMIDA et T. CLAY (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013.

²¹⁷⁶ En outre, il est possible de percevoir les limites de l'arbitrage car dans l'hypothèse où les parties ne peuvent pas, ou refusent, de financer la procédure, alors même qu'elles ont renoncé par la convention d'arbitrage à recourir aux juridictions étatiques ; il s'agit d'une impasse.

²¹⁷⁷ En ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2016, n° 15-19.389 ; *D.*, 2016, p. 2594, obs. T. CLAY ; *D. actu.*, 30 août 2016, obs. X. DELPECH ; *Procédures*, 2016, 289, note L. WEILLER ; *JCP G.*, 2016, 1002, note M. de FONTMICHÉL ; *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2016, p. 36, obs. D. BENSUAUDE.

²¹⁷⁸ CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 11 sept. 2018, n° 16/19913 ; CCC, n° 11, 2018, comm. 192, note N. MATHEY ; *AJ Contrat*, 2018, p. 491, obs. J. JOURDAN-MARQUES ; *D.*, 2018, p. 2452, obs. T. CLAY ; *Gaz. Pal.*, 6 nov. 2018, p. 25, obs. D. BENSUAUDE.

²¹⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ. I* ; *D. actu.*, 21 févr. 2017, obs. X. DELPECH ; *D.*, 2017, p. 2055, obs. L. D'AVOUT ; *D.*, 2017, p. 2564, obs. T. CLAY ; *RTD civ.*, 2017, p. 394, obs. H.

permet de « *débloquer toutes les situations où l'une des deux parties ne peut ou ne veut avancer la provision sollicitée* »²¹⁸⁰. Pour autant, elle ne met pas fin aux difficultés pratiques résultant du blocage effectué par l'une des parties, ni aux risques engendrés en cas manque de moyens de l'un des litigants qui pourrait être poursuivi pour régler l'ensemble des sommes réclamées. Aussi, cette protection comporte des limites dès lors que l'objectif n'est pas de faire de l'arbitrage une procédure uniquement à l'avantage du petit professionnel.

746. - **Résultat.** En dépit des propositions évoquées et de la nécessité de prendre en considération la situation spécifique du petit professionnel dans le cadre de l'arbitrage, il convient de demeurer conscient des difficultés relatives à sa prise en compte dans un tel domaine. Le monde de l'arbitrage n'est pas le milieu idéal pour mettre en œuvre une protection efficace de la partie faible et en l'occurrence du petit professionnel. En fait, sa mise en œuvre nécessite par nature certaines prédispositions dont est globalement dépourvu cet acteur économique à savoir, certains moyens financiers, du temps et une possibilité d'entrevoir un règlement rapide du litige. Malgré ces écueils, des pistes peuvent être envisagées pour protéger le petit professionnel²¹⁸¹.

747. - **Conclusion de la Section I.** L'arbitrage n'est pas l'unique hypothèse où la préservation des droits du petit professionnel apparaît mise en danger ou à tout le moins non garantie avec certitude. De manière plus large, l'action en justice contre le partenaire plus puissant engendre des craintes et des risques concrets pour le petit professionnel²¹⁸². De prime abord, il n'est pas certain que l'action lui soit aussi bénéfique que souhaitée. Si le petit professionnel « gagne » et réussit à faire valoir ses droits, cela ne lui permet pas toujours d'être assuré de l'absence de répercussion : en effet, des inconvénients ou des désavantages peuvent finalement être créés par l'action entreprise et dont le bénéfice peut alors se retourner contre le petit professionnel lui-même.

BARBIER ; *RTD civ.*, 2017, p. 421, obs. P.-Y. GAUTIER ; *JCP G.*, 2017, 339, note S. BOLLEE ; *Procédures*, 2017, 68, note L. WEILLER ; *Rev. arb.*, 2017, 483, note Ch. JARROSSON ; *Rev. contrats*, 2017, 299, note M. LAZOUZI ; *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2017, p. 28, obs. D. BENSUAUDE ; *Lettre Chambre arbitrale intern. Paris*, avr. 2017, n° 13, note Ph. CAVALIEROS.

²¹⁸⁰ T. CLAY, « Arbitrage et impécuniosité », préc., spéc., n° 61, p. 277.

²¹⁸¹ Comme l'a évoqué le Professeur CLAY : « *la prise en compte de la réalité économique des parties et des déséquilibres inévitables est donc déjà à l'œuvre et les solutions existantes montrent bien qu'il est possible d'aller plus loin* », T. CLAY, « Arbitrage et impécuniosité », préc., spéc. n° 65, p. 278.

²¹⁸² Que ce soit en matière de coût et par ricochet de répercussions éventuelles sur son activité.

Section II : Le petit professionnel et le recours au juge

748. - **Présentation.** « *Quelle plus noble figure juridique que celle du juge, tiers arbitre impartial tranchant – en son âme et conscience – les litiges qui lui sont soumis ?* »²¹⁸³. Ici également, le droit européen, particulièrement au niveau des droits de l'homme, a pénétré le droit national. L'accès au Juge est désormais garanti par l'article 6, 1., de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose notamment : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* ». Le Juge va donc avoir pour rôle d'apporter une réponse au conflit lorsque les dispositions substantielles ne peuvent satisfaire les parties. Son apport est capital et déterminant : il prend le relais du droit substantiel et parfois le complète²¹⁸⁴.

749. - **Lutter contre la peur de l'injustice et le « facteur crainte » du recours au juge.** L'une des principales réticences des petits professionnels pour agir en justice réside dans la crainte de compromettre leurs relations contractuelles et de subir des « représailles » de leur partenaire. Dans ces conditions, la valeur et l'efficacité des règles substantielles de protection sont limitées puisque le petit professionnel n'osera pas prendre l'initiative d'une action à l'encontre de son cocontractant. C'est pourquoi dans certains cas le législateur a confié la possibilité pour des autorités administratives indépendantes de se saisir pour assurer l'application des normes instaurées²¹⁸⁵. Pour autant, il n'est pas pensable de laisser les acteurs eux-mêmes démunis face à une situation conflictuelle difficile. Les instances européennes, conscientes de cette réalité, ont réfléchi à des solutions et ont proposé certaines pistes afin d'accompagner les règles de fond d'une procédure efficace et spécifique pour pallier le « facteur crainte », c'est-à-dire la réticence des « petits » à agir contre les « grands »²¹⁸⁶.

²¹⁸³ F. LAFAILLE, « Le juge (préssumé) innocent et la (présumée) bonne administration de la justice », *D.*, 2019, édito, p. 1385.

²¹⁸⁴ Témoignage du formidable pouvoir innovant du juge, pendant les deux siècles qui se sont écoulés entre la promulgation du Code civil de 1804 et l'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 10 févr. 2016, c'est le juge qui est venu « *pallier l'inertie et l'immobilisme du législateur* » et « *a tracé les grandes lignes du droit des contrats* », D. MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, n° 2, 2016, p. 353.

²¹⁸⁵ En France, il convient de penser à l'Autorité de la concurrence qui a un pouvoir de contrôle important matérialisé par ses fonctions consultatives et décisionnelles, ou encore à la DGCCRF, qui a également une mission de régulation et de protection notamment en matière de pratiques concurrentielles et de droit de la consommation.

²¹⁸⁶ À titre d'exemple, la récente proposition de la Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 avr. 2018 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, COM(2018) 173 final, 2018/0082 (COD), a particulièrement tenu compte de

Aussi, quelles ouvertures, quelles possibilités peuvent-être avancées pour le petit professionnel, dans le cadre d'une procédure judiciaire en l'occurrence, pour pallier ces difficultés ?

À l'inverse, l'une des principales craintes pour la partie forte au contrat peut résider dans l'appréciation du contrat par le Juge. En tout état de cause, la procédure ne doit pas elle-même constituer une source de vulnérabilité du petit professionnel en occasionnant, par exemple, des frais d'avocats et d'expertises élevés. À cet égard, il faut bien être conscient que les « faveurs » éventuellement accordées à l'une des parties auront toujours un impact sur l'autre, tout comme la position inférieure du petit professionnel profite bien souvent à son cocontractant plus puissant²¹⁸⁷.

750. - **Plan.** Il est intéressant de se placer du côté du petit professionnel et d'appréhender ses rapports avec le monde judiciaire (I), avant d'envisager l'étude particulière des pouvoirs du juge et de leurs ajustements en présence de ce contractant (II).

I. Vers une place renforcée du petit professionnel en justice

751. - **Présentation.** Le droit à un recours effectif au juge doit s'imposer quelle que soit la qualité des parties en cause. Pour autant, certaines circonstances ne peuvent être ignorées en présence de contractants en position de faiblesse comme c'est le cas pour le petit professionnel. Qu'il s'agisse d'évoquer la durée du procès, le coût de la procédure, les éventuelles répercussions de celle-ci ou encore les moyens limités²¹⁸⁸, voici autant de raisons susceptibles de limiter la place de cet acteur dans le monde judiciaire. Le droit est pourtant contraint de prendre en considération cette réalité pour assurer une place plus confortable au petit professionnel auprès du juge. Plusieurs mécanismes existent pour renforcer la place en justice de ce contractant.

la réalité des craintes vécues par les petits professionnels lors d'action à l'encontre de leur partenaire. Le considérant n° 6 met ainsi en évidence que « *dans les cas où il est possible d'invoquer le droit des contrats ou des initiatives d'autorégulation, la crainte de représailles à l'encontre d'un plaignant limite la valeur pratique de ces formes de recours* ». C'est pourquoi, il est envisagé de garder l'identité du requérant confidentielle dans certaines hypothèses (considérant n° 13).

²¹⁸⁷ Comme l'a justement relevé Monsieur ROLLAND dans son roman : « *L'injustice est innombrable ; pour remédier à l'une, on risque d'en causer d'autres. Qu'est-ce que l'injustice ? – Pour l'un, c'est la paix honteuse, la patrie démembrée. Pour l'autre, c'est la guerre. Pour celui-ci, c'est le passé détruit, c'est le prince banni ; pour celui-là, c'est l'Église spoliée ; pour ce troisième, c'est l'avenir étouffé, la liberté en danger. Pour le peuple, c'est l'inégalité ; et pour l'élite, c'est l'égalité* », R. ROLLAND, *Jean-Christophe*, tome IX, *Le buisson ardent*, La Bibliothèque électronique du Québec, Coll. Classiques du XX^e siècle, vol. 62 : version 1.0, p. 21.

²¹⁸⁸ Juridiques, humains, financiers, etc.

752. - **L'accompagnement du petit professionnel et le recours au juge.** Les réticences du petit professionnel pour agir à l'encontre de son partenaire plus puissant sont tout à fait compréhensibles. Toutefois, ce constat ne doit pas demeurer sans réponse et il est nécessaire pour le petit professionnel que son cocontractant soit sanctionné en cas de manquement aux règles. C'est le sens pris par les dispositions relatives à la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence²¹⁸⁹. Ainsi, l'ouverture assurée de l'action relative au déséquilibre significatif à des personnes autres que le professionnel victime de la mauvaise pratique répond, outre à une finalité de régulation du marché, à un objectif de protection des petits concurrents. Elle permet à cette fin « *d'assurer la sanction de pratiques qui souvent n'auraient jamais été dénoncées par leurs victimes* » et de constituer, par ailleurs, « *un levier très puissant d'effectivité de l'ordre public économique* »²¹⁹⁰. Si l'action du ministre de l'économie est une action autonome²¹⁹¹, elle constitue indéniablement un facteur de confiance pour le petit professionnel dans son propre recours au juge. En tout état de cause, elle permet de renforcer la protection de ce contractant et d'assurer un certain accompagnement de la sanction en justice des pratiques dont il est susceptible d'être victime.

753. - **Tentative de conciliation et règlement des petits litiges.** Depuis la loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle²¹⁹², la volonté du législateur d'obliger les parties à recourir à une conciliation, notamment pour les petits litiges, a été mise en évidence. De même, le droit européen est intervenu afin que soit instituée une procédure européenne de règlement des petits litiges transfrontaliers²¹⁹³. Aussi, une procédure particulière et adaptée a été pensée pour permettre de résoudre ces litiges dans les meilleures conditions. Celle-ci a fait l'objet d'une modification²¹⁹⁴ qui a notamment changé le champ d'application de la procédure

²¹⁸⁹ En ce sens, C. com., art. L. 442-4 qui prévoit la possibilité pour toute personne intéressée, ainsi que pour le ministère public, le ministre chargé de l'économie et le Président de l'Autorité de la concurrence, d'exercer l'action en responsabilité.

²¹⁹⁰ J.-B. RACINE, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, p. 113 et s., spéc. p. 130.

²¹⁹¹ En ce sens : Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761 ; *Bull. civ.* IV, n° 143 ; *D.*, 2008, p. 2067, obs. E. CHEVRIER ; *D.*, 2008, p. 3046, note M. BANDRAC ; Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126, QPC ; *D.*, 2011, p. 1833, obs. C. ROUGEAU-MAUGER ; *JCP G.*, 2011, 717, obs. A.-M. LUCIANI.

²¹⁹² L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, de modernisation de la Justice du XXI^e siècle, *JORF* n° 0269 du 19 nov. 2016, texte n° 1.

²¹⁹³ Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, *JOUE* L 199 du 31 juill. 2007, p. 1.

²¹⁹⁴ Règlement (UE) 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 déc. 2015 modifiant le Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 instituant une procédure européenne de

en relevant le plafond applicable au montant du litige à la somme de 5.000,00 euros²¹⁹⁵. Le petit professionnel est-il toujours touché par des petits litiges ? Au regard du plafond pratiqué, il apparaît évident qu'il ne sera pas toujours concerné par cette procédure, étant en outre rappelé qu'elle porte sur les litiges transfrontaliers. Pour autant, cette approche ne doit pas être négligée s'agissant en particulier des règles de simplification de la procédure. Bien qu'adaptée, la procédure européenne de règlement des petits litiges sous-entend néanmoins de ne pas écarter les règles générales du procès et notamment la règle essentielle de respect du contradictoire²¹⁹⁶, ou encore plus généralement le principe de loyauté qui commande à l'exercice de toute procédure civile²¹⁹⁷.

754. - **Synthèse.** La place du petit professionnel dans le monde judiciaire n'est pas facile à établir, celui-ci devant souvent faire face à la crainte représentée par son partenaire plus puissant et aux éventuelles répercussions engendrées par tout recours à son encontre. En dépit de ces aspects négatifs, des outils sont mis en œuvre pour assurer un recours effectif et un accompagnement du petit professionnel en justice. Bien plus, la portée de ces mécanismes apparaît renforcée par une extension progressive des pouvoirs du juge en matière contractuelle.

II. Vers une extension des pouvoirs du juge au profit du petit professionnel

755. - **La « peur » du juge.** La méfiance envers le juge n'est pas nouvelle²¹⁹⁸. En matière contractuelle, elle se traduit notamment par une volonté de mettre en œuvre des dispositifs de prévention des difficultés²¹⁹⁹ et d'extension des prérogatives unilatérales des parties²²⁰⁰. Pourtant, PORTALIS lui-même évoquait le rôle essentiel du juge dans

règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, *JOUE* L 341 du 24 déc. 2015, p. 1.

²¹⁹⁵ Auparavant le plafond était fixé à la somme de 2 000,00 euros.

²¹⁹⁶ En ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 10 avr. 2019, n° 17-13.307, n° 348 FS-P+B. Il s'agissait ici d'une question relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et plus précisément sur les documents communiqués relatifs à l'assurance complémentaire obligatoire en matière de location de voiture.

²¹⁹⁷ Sur lequel, v. not. : M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003.

²¹⁹⁸ V. not., N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.*, 1999, p. 195. L'auteur indique ainsi que « *comme tout pouvoir, celui de juger se caractérise par le risque de constituer un espace potentiellement dangereux, dans lequel se déploieraient la domination, la répression ou l'arbitraire* », spéc. n° 7.

²¹⁹⁹ Par ex., en recourant au mécanisme des actions interrogatoires : C. civ., art. 1123, 1158 et 1183.

²²⁰⁰ Au travers de la résolution du contrat par notification unilatérale (C. civ., art. 1226), ou en matière d'exécution du contrat (C. civ., 1222 et 1223).

l'application des grands principes, en confiant à la loi le soin de fixer « *les maximes générales du droit* » et en rappelant que « *c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* »²²⁰¹. Néanmoins, cette « peur » du juge a pu, pendant un certain temps, limiter son champ d'action.

756. - **Cantonnement des pouvoirs et de la place du juge.** D'une manière générale, le législateur apparaît de plus en plus réticent à une intervention exacerbée du juge dans les rapports humains et tente, quand il le peut, de limiter son recours²²⁰². Cela est observable, qu'il s'agisse de l'allègement des prérogatives du juge ou du recours renforcé aux modes amiables de résolution des litiges²²⁰³. Dans ce mouvement global, la crainte de voir le juge s'immiscer dans la relation contractuelle a naturellement conduit à cantonner les modalités de son intervention. De manière générale, il n'a pas vocation à remettre en cause la volonté des parties ni ce qu'elles ont décidé, c'est-à-dire le contrat et son équilibre. C'est pourquoi, une volonté d'encadrement des pouvoirs d'intervention du Juge a été mise en œuvre²²⁰⁴.

757. - **Vers un contrôle judiciaire renforcé du contrat ?** Si la figure du juge a tendance à effrayer certains acteurs économiques, par crainte notamment de l'atteinte à la liberté et à la sécurité de leurs relations, il n'y pas lieu, semble-t-il, de s'opposer par principe à un renforcement de ses pouvoirs ou de son intervention. Bien au contraire, le juge n'est-il pas le garant par excellence des libertés individuelles ? Son impartialité et son indépendance apparaissent à l'évidence comme des « garde-fous » aux libertés de chacun. Dès lors, il ne faut voir en lui qu'une personne de confiance. Surtout, telle qu'elle a été conçue, la réforme offre au juge l'opportunité de renforcer son contrôle judiciaire à la fois sur le contenu et les effets du contrat²²⁰⁵. Consolider, voire intensifier les pouvoirs et le contrôle du juge n'est pas pertinent s'il ne s'accompagne pas d'une extension de son domaine d'intervention.

²²⁰¹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, préf. M. MASSENET, Bordeaux, éd. Confluences, 2004, p. 17.

²²⁰² V. not. la récente réforme de la procédure civile : L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n° 71 du 24 mars 2019, texte n° 2, et égal. le Décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 019 réformant la procédure civile, *JORF* n° 288 du 12 déc. 2019, texte n° 3.

²²⁰³ Pour une approche détaillée sur l'adaptation du rôle accordé à chaque partie au procès et le phénomène de déjudiciarisation enclenché, v. par ex. : J. THERON, « « Less is more », Esquisse d'une nouvelle procédure civile minimaliste. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 », *JCP G.*, n° 18, 2019, doct. 495.

²²⁰⁴ F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017. Cela a fait l'objet d'une réflexion pour chaque mécanisme, de l'imprévision (n° 25.151) à la détermination du prix (n° 24.44) en passant par les clauses abusives (n° 25.121).

²²⁰⁵ En ce sens, D. MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats », préc., spéc. n° 19 et s., où l'auteur met en évidence le nombre important de standards qui permettent de laisser au juge le soin d'apprécier la portée des dispositions promulguées.

758. - **Conception renouvelée du rôle du juge et petit professionnel.** Le rôle du juge dans le contrat a évolué. D'une figure neutre disposant d'une marge de manœuvre réduite, il est progressivement devenu « *comme le modérateur de la loi contractuelle, [...] comme le partenaire des contractants* »²²⁰⁶. Pour corroborer le mouvement en ce sens, il a par exemple été relevé à propos de la réforme du droit des contrats qu'elle « *ne réserve pas uniquement au juge une place dans le contrat, qui serait le fruit d'un compromis entre une vision libérale qui tend à limiter son rôle dans le contrat et une vision plus protectrice qui tend à renforcer son intervention dans certaines situations. Elle conduit à faire émerger une conception nouvelle du juge dans le contrat – un juge d'appui du contrat – qui ne le cantonne pas à être tour à tour l'instrument de la justice ou de la sécurité contractuelles, mais lui reconnaît un véritable office au service de la relation contractuelle* »²²⁰⁷. De toute évidence, la réforme conduit à une conception renouvelée de la place du juge dans le contrat et à un bouleversement opéré par l'apparition d'instruments permettant une intervention plus élargie²²⁰⁸.

S'agissant particulièrement de la situation du petit professionnel, l'intervention du juge prend tout son sens lorsqu'il est admis que son rôle est de rechercher le juste, parfois même au-delà de la règle de droit²²⁰⁹. Pour cela, la prise en compte de la situation particulière du petit professionnel par le juge apparaît justifiée, dès lors qu'« *il arrive que la règle juridique trop générale et impersonnelle apparaisse brutale lorsqu'elle néglige la situation particulière de celui auquel on l'applique* »²²¹⁰. En l'occurrence, il a été vu que le petit professionnel ne bénéficiait pas pour ainsi dire de normes particulières adaptées à sa situation personnelle²²¹¹. De nombreuses questions se posent alors. Quelle méthode utiliser ? La recherche du juste par le juge est-elle pertinente ? Le juge ne doit-il pas se limiter à la recherche de la commune

²²⁰⁶ La non-ingérence du juge dans le contrat est longtemps demeurée un principe essentiel pour prévenir tout pouvoir d'intervention et toute immixtion dans la relation qui est l'œuvre de la volonté des parties. V. not. sur ce point : D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple « illégitime » », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 235 et s., spéc. n° 4, p. 237.

²²⁰⁷ F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.*, 2017, chron., p. 721.

²²⁰⁸ Pour une appréciation détaillée de cette nouvelle approche : O. PENIN, « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *CCC*, n° 8-9, 2017, étude 9.

²²⁰⁹ En ce sens, il convient d'évoquer les propos de Madame DION : « *le juste humanise la loi lorsqu'il infléchit l'application d'une règle en tenant compte de la situation subjective des parties, faisant ainsi prévaloir le juste sur la règle de droit* », N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.*, 1999, p. 195, spéc. n° 10.

²²¹⁰ N. DION, « Le juge et le désir du juste », art. préc., spéc. n° 11.

²²¹¹ À l'exclusion de certaines dispositions vraiment spécifiques, s'agissant par ex. des contrats conclus hors établissement (v. *supra* n° 224 et s., 534 et 676), le petit professionnel ne peut pas prétendre à l'application de règles nominatives et autonomes de protection.

intention des parties comme le soutiennent des auteurs ?²²¹² Pour aborder ces questions, il convient de garder à l'esprit les enseignements du Doyen SAVATIER sur le rôle du juge : « *L'art du juge est normatif. Les règles qui le guident n'ont pas seulement un certain caractère de constance et de rigueur. À partir de principes donnés, elles se construisent rationnellement. Sans doute, elles partent de la constatation de faits sociaux et économiques. Mais la construction qu'elles font sur ce donné obéit à des principes rationnels* »²²¹³. Une telle approche de la place du juge permet d'envisager des ouvertures pour le petit professionnel.

759. - **Moyens d'action.** Plusieurs outils peuvent être mis à la disposition du juge pour exercer un contrôle plus approfondi et plus sécuritaire des relations contractuelles au profit du petit professionnel. La possibilité de procéder à une interprétation extensive des clauses du contrat, de recourir au relevé d'office, ou encore de faire une application adaptée et en équité des textes, sont autant de possibilités qu'il faut offrir au juge pour assurer la préservation des droits du petit professionnel.

Bien que le principe demeure de juger au regard du droit positif applicable²²¹⁴, il n'est pas rare que le juge soit amené à considérer l'équité pour statuer. La démarche qui transparaît par ce regain d'équité est toutefois délicate. Si l'équité a donné lieu à certaines réticences, notamment jurisprudentielles²²¹⁵, il est reconnu qu'elle « *joue un rôle croissant dans le droit français des contrats* »²²¹⁶. Pour ce faire, le juge dispose d'un texte essentiel : l'article 1194 du Code civil qui dispose : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* »²²¹⁷.

Afin de protéger le petit professionnel, le juge doit pouvoir s'inspirer des règles pratiquées en droit de la consommation où il dispose de pouvoirs plus étendus notamment par la possibilité de recourir à la technique du relevé d'office. Les avantages d'une telle possibilité sont évidents et essentiels dès lors que le juge sera en mesure, par exemple, de suppléer, la carence d'une partie, en l'occurrence la carence éventuelle du petit professionnel. Pour

²²¹² F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 606 et s., p. 684 et s.

²²¹³ R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.*, 1965, chron., p. 37, spéc. p. 41.

²²¹⁴ CPC, art. 12.

²²¹⁵ Ainsi, « *la jurisprudence a affirmé à de multiples reprises qu'il ne saurait être question de soustraire au nom de l'équité un contractant à des engagements clairs et précis* » : F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 600, p. 680-681.

²²¹⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *ibid.*

²²¹⁷ À noter la première place occupée par l'équité dans la formule d'énumération ainsi rédigée. (Personnellement et volontairement souligné).

illustrer le propos, il est intéressant d'évoquer un arrêt rendu récemment par une juridiction du fond en matière de crédits à la consommation²²¹⁸. Le juge a estimé qu'aucune prescription ne pouvait être opposée pour le relevé d'office de sorte qu'il peut parfaitement suppléer la faiblesse ou l'ignorance d'une partie lorsque l'occasion le lui permet. En tout état de cause, il s'agit d'un mécanisme efficace pour lutter contre l'éradication des clauses abusives²²¹⁹.

760. - **Cas particulier du règlement des différends au niveau supranational.** Prenant l'exemple de l'Accord CETA qui implique l'Union européenne et le Canada, encore nommé l'AECG (Accord Économique et Commercial Global), la CJUE a validé le mécanisme de règlement des différends²²²⁰. Aussi, la Cour a estimé que l'instrument proposé concernant le règlement des différends entre investisseurs et États est compatible avec le droit de l'Union²²²¹. Pour autant, l'absence de régime tendant à rendre accessible, notamment d'un point de vue financier, le tribunal et le tribunal d'appel²²²² aux PME n'est-il pas de nature à nier le droit d'accès à un tribunal indépendant pour ces acteurs économiques dont les ressources financières sont limitées. Si la Cour a précisément indiqué que les engagements pris par la Commission et le Conseil, pour assurer l'accessibilité des tribunaux aux PME sont suffisants, en concluant que le CETA est compatible avec l'exigence d'accessibilité, la question se pose en pratique avec acuité. À cet égard, il est malheureux que l'approbation de l'accord CETA par l'Union doive être conditionné aux engagements pris par la Commission sans que ces questions ne soient expressément inscrites au sein dudit accord. Cela démontre qu'il y a encore des efforts à faire pour assurer au petit professionnel un accès à la garantie de ses droits, en cas de différend. L'accès au tribunal serait-il ainsi limité aux investisseurs disposant d'importants moyens financiers ? Le chemin pour le petit professionnel n'est pas terminé. Pour illustrer les difficultés rencontrées par celui-ci lorsqu'il est confronté à agir contre une multinationale étrangère, la situation récemment jugée par le Tribunal de Grande

²²¹⁸ TI Montluçon, 4 juill. 2018, n° 11-18-000056 ; *D.*, 2018, p. 1485, obs. G. POISSONNIER.

²²¹⁹ En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2018, n° 17-20.441 ; *JurisData* n° 2018-017425 ; *CCC*, n° 1, janv. 2019, comm. 15 note S. BERNHEIM-DESVAUX. Les juges ont estimé qu'« *il incombe au juge de rechercher d'office le caractère abusif de la clause qui autorise la banque à exiger immédiatement la totalité des sommes dues en cas de déclaration inexacte de la part de l'emprunteur, en ce qu'elle est de nature à laisser croire que l'établissement de crédit dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'importance de l'inexactitude de cette déclaration et que l'emprunteur ne peut recourir au Juge pour contester le bien-fondé de la déchéance du terme* ».

²²²⁰ CJUE, Ass. Plé., 30 avr. 2019, avis 1/17.

²²²¹ *V. not., D.*, 2019, actu., p. 941.

²²²² Chapitre 8 de l'accord CETA sur l'investissement qui prévoit l'instauration d'un nouveau système juridictionnel des investissements.

Instance de Clermont-Ferrand²²²³ s'agissant d'un petit artisan-boulangier qui s'est retrouvé à agir contre Facebook peut être évoquée, notamment compte tenu des obstacles pour assigner la bonne entité juridique²²²⁴.

761. - **Quel accès au droit pour le petit professionnel ?**²²²⁵ Le petit professionnel peut être vite découragé pour accéder au droit et aux procédures susceptibles de le défendre. Quelle que soit leur nature, les petites structures sont « *découragées par les procédures* »²²²⁶, notamment en raison de leur coût ou des risques susceptibles de découler de leur mise en œuvre. Dès lors, elles doivent être convaincues qu'il est de leur intérêt d'agir pour la défense de leurs droits. Pour ce faire, ces modalités spécifiques de règlement des litiges seraient éventuellement à prévoir pour le petit professionnel sur le modèle consumériste avec les procédures de règlement des litiges telles que la médiation et les actions de groupe des associations de consommateurs prévues par le Code de la consommation²²²⁷. À titre illustratif, le regroupement de petits professionnels dans certains secteurs ou branches est envisageable afin d'enlever les craintes résultant de la volonté d'agir.

762. - **Résultat : le rôle essentiel du juge.** Le recours au juge qui peut parfois disposer de pouvoirs particulièrement larges²²²⁸ demeure l'une des meilleures voies pour assurer l'effectivité du droit en général et des droits du petit professionnel en particulier. Afin que les mesures de protections substantielles soient efficaces et que le droit processuel contrebalance les craintes d'action du petit professionnel, il est nécessaire de prévoir une procédure accessible de sorte qu'elle soit également effective. De surcroît, le juge et par lui, les décisions rendues, apparaissent comme un palliatif essentiel pour combler les lacunes de la réglementation²²²⁹. À cet égard, le juge est le mieux placé pour protéger le petit professionnel

²²²³ Désormais devenu le Tribunal Judiciaire de Clermont-Ferrand.

²²²⁴ Ord. de référé TGI Clermont-Ferrand, 6^e ch., 27 févr. 2018, RG n° 17/00632 ; n° JurisData : 2018-002541. Cette affaire a, par la suite, fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel de Riom : CA Riom, 3^{ème} ch. civ., 16 janv. 2019, RG 18/01327 ; n° JurisData : 2019-000468.

²²²⁵ Il faut comprendre ici l'accès à la justice, c'est-à-dire l'accessibilité du droit et non l'accessibilité ou la prise de connaissance des droits. Sur cette distinction, v. not. : A.-L. PILLOT, « Vulnérabilité et accès au droit », in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, F. ROUVIERE (dir.), Bruylant Bruxelles, 2010, p. 384 et s.

²²²⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2008) 394 final, du 25 juin 2008, « Think Small First » : Priorité aux PME, un « Small Business Act » pour l'Europe, spéc. 4., n° V.

²²²⁷ C. consom., Livre VI.

²²²⁸ Comme le pouvoir de relever d'office certains moyens permettant l'application des dispositions protectrices.

²²²⁹ V. not., en matière commerciale face à la codification imparfaite du Code de commerce, les développements du Doyen MESTRE : J. MESTRE, « À l'avant-garde du droit des obligations : les contrats des commerçants », in *1807-2007 Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la*

en appliquant, voire en adaptant, un régime cohérent pour une protection appropriée et en modelant les problématiques que cet acteur rencontre afin qu'il ne se retrouve pas dépourvu face à son partenaire plus puissant

763. - **Conclusion de la Section II.** Adapter les pouvoirs du juge à la situation du petit professionnel ne doit pas remettre en question la vocation conciliatrice et le rôle d'apaisement qui lui incombe. Cependant, il est indispensable de prendre conscience des difficultés rencontrées par ce contractant dans la mise en œuvre d'une action à l'encontre d'un partenaire plus puissant, d'autant plus que sans ce recours, la protection du petit professionnel demeurerait illusoire.

764. - **Conclusion du Chapitre II.** Comme le rappelait Étienne de LA BOETIE en son temps « *il n'y a rien d'aussi contraire à la nature, toute raisonnable, que l'injustice* »²²³⁰. À l'heure actuelle, les moyens pour pallier l'injustice et assurer la garantie des droits du petit professionnel sont nombreux et présentent, pour certains, des avantages essentiels dans sa lutte contre les déséquilibres contractuels et l'inégalité. Qu'il s'agisse des modes de règlements alternatifs des litiges ou encore du recours plus ouvert du petit professionnel auprès du juge, des techniques existent et doivent être encore plus adaptées à la situation de ce petit contractant dont il a été observé qu'il ne pouvait pas toujours s'assurer d'un recours effectif à la justice, qu'elle soit privée ou étatique.

765. - **Conclusion du Titre II.** La vulnérabilité du petit professionnel est mise en évidence par sa position d'infériorité, de nature principalement économique²²³¹, par rapport à son cocontractant. Même si, comme tout professionnel, le petit professionnel est susceptible d'organiser son activité afin de la développer²²³², il ne dispose pas de moyens similaires à ceux de son partenaire. De ce fait, la position du petit professionnel n'est pas toujours aussi enviable que celle du consommateur et il ne possède pas nécessairement les capacités de prévision et d'anticipation souvent conférées à son statut de professionnel²²³³. Bien au

jurisprudence, sous l'égide de la Cour de cassation et du Centre Sorbonne-Affaires de l'Institut André Tunc de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Dalloz, 2007, p. 153 et s., spéc. n° 4, p. 154-155.

²²³⁰ E. de LA BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, Librio, E.J.L., 2018, p. 18.

²²³¹ Ce qui explique bien souvent son infériorité informationnelle et juridique, ou encore son inexpérience, et donc plus généralement sa vulnérabilité.

²²³² Ce qu'il fait bien souvent en gérant une entreprise permettant d'assembler les moyens à la fois humains et matériels pour développer ses profits.

²²³³ Fréquemment, ses petits moyens ne l'autorisent pas à investir dans un service juridique, ni pour des formations afin de prendre le temps d'affiner ses compétences juridiques, voire même techniques, etc.

contraire, tandis que le droit de la consommation n'opère aucune distinction entre les consommateurs²²³⁴, il est tout à fait envisageable que quelques-uns profitent de leur statut de protégés au détriment du petit professionnel, ce alors même qu'ils sont expérimentés et aussi compétents que certains professionnels²²³⁵, d'où la nécessité d'entrevoir une présomption simple de vulnérabilité pour cet acteur.

²²³⁴ Or, il est permis de penser que tous les consommateurs ne sont pas, en réalité, semblables, et que certains bien qu'étant expérimentés, se trouvent protégés au même titre que les autres.

²²³⁵ À cet égard, il faut rappeler qu'une personne, si elle est consommateur à titre privé, elle est souvent aussi professionnelle dans son métier et dispose de certaines compétences en ce domaine. En faveur d'une appréciation *in concreto*, et non *in abstracto*, de la faiblesse du consommateur, v. J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », *in Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 262. L'auteur cite en ce sens, quelques jurisprudences visant à tenir compte de la profession du consommateur pour apprécier son état de vulnérabilité, v. par ex. : CA Paris, 17 déc. 1990 ; *D.*, 1991, p. 270, note J.-C. GROSLIERE (s'agissant d'un attaché commercial d'un organisme de crédit en surendettement qui ne pouvait pas ignorer sa situation).

Conclusion Seconde Partie

766. - Si la spécialisation du droit des contrats résultant notamment de la prise en compte de la qualité respective de chaque partie est encore susceptible de prêter à discussion, elle semble « *en tout cas actuellement, dans une certaine mesure inéluctable* »²²³⁶. Malgré tout, celle-ci doit pouvoir se faire sans désavantage ni préjudice pour la clarté, la sécurité et la liberté contractuelles. Particulièrement, dans les relations entre professionnels, nombre de figures contractuelles ont vu le jour en raison de la particularité de la relation²²³⁷. Chaque situation tend à la mise en place de règles d'encadrement protectrices de l'une des parties. C'est en ce sens que la figure du petit professionnel s'avère intéressante et prend toute sa signification. Quel que soit le domaine concerné ou le contrat en cause²²³⁸, l'appréciation de cet acteur amène à simplifier et à ménager les dispositions protectrices afin de les appliquer à une figure exclusive de contractant identifié comme tel et se trouvant dans un grand nombre d'hypothèses en situation de faiblesse²²³⁹.

L'existence du petit professionnel étant avérée, sa vulnérabilité justifie la mise en place d'une protection spécifique adaptée à sa situation. En tout état de cause, « *le consommateur n'a pas le monopole de la vulnérabilité* »²²⁴⁰. L'autonomie du petit professionnel est indispensable à l'appréciation par le droit de sa réalité pratique afin de conduire à une généralisation de sa protection. Acteur présent dans les échanges économiques, son rôle est déterminant. Il doit guider le législateur et le juge dans l'élaboration de normes protectrices adaptées à sa situation, tout en gardant à l'esprit qu'une protection trop importante serait de nature à le fragiliser dans ses relations contractuelles. Le but n'est pas d'aggraver sa situation, mais il est indispensable d'en prendre conscience et de remédier à ses besoins.

²²³⁶ L. LEVENEUR, « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 81 et s., spéc. n° 12, p. 91.

²²³⁷ Par ex., les contrats de franchise, les contrats d'agent commercial, les contrats de concession exclusive, les contrats de coopération commerciale.

²²³⁸ Qu'il s'agisse d'un contrat de droit commun ou d'un contrat spécial.

²²³⁹ Déjà, le Professeur LEVENEUR relevait : « *Est-il justifié que certaines des règles qui leur sont applicables [aux contrats se pratiquant entre toutes sortes de contractants] varient selon la qualité des parties ? Eu égard au souci de protection de l'un des contractants qui, très souvent, est au cœur de l'activité législative contemporaine, cette spécialisation des règles est inévitable* », L. LEVENEUR, « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, op. cit., spéc. n° 12, p. 92.

²²⁴⁰ F. FIECHTER-BOULVARD, « Rapport de synthèse », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 322 et s., spéc. p. 326.

CONCLUSION GÉNÉRALE

767. - **Constat.** La société moderne est complexe, et le droit est le reflet de cette complexité. Ainsi, « à mesure que le droit se développe, il s'enrichit et se complique »²²⁴¹. Le petit professionnel ne déroge pas à la règle et illustre parfaitement ce phénomène dès lors que sa prise en compte s'est avérée délicate. Il semble à la fois constituer un enrichissement pour la théorie et la pratique face au monde toujours plus complexe des affaires, mais aussi une complication tant l'intégration de nouvelles notions et leur adaptation dans le paysage n'est pas aisé à l'heure actuelle. L'essor de certaines pratiques et l'émergence de nouveaux contrats nécessitent de forger et d'instaurer des notions originales. Celle du petit professionnel a été pertinente car son approche fait ressortir les déséquilibres issus des pratiques contractuelles et des difficultés de fonctionnement du marché ou des activités économiques, auxquels il se confronte. Le développement de la notion de consommateur, dans la seconde moitié du XX^e siècle, a mis en lumière la faiblesse de celui-ci résultant de son mode de consommation, ce qui a aidé à sa prise en compte. Les relations ont muté et certains professionnels, à l'instar du petit professionnel, se trouvent aujourd'hui dans une situation similaire justifiant un regain de protection. Un « nouveau monde » contractuel se dessine, et la récente réforme du droit français des contrats en est le symbole. Certains contractants jusqu'ici plus ou moins ignorés et, de ce fait, négligés par le droit, deviennent le centre des attentions.

Revenir sur les catégories existantes a permis de constater leur inadaptation au petit professionnel et a conduit à le reconnaître. Les réflexions s'agissant de l'identification de cet acteur doivent permettre d'apporter une réponse afin de pallier ses carences, renforcer sa position à l'égard de son partenaire et améliorer sa position. Les protections mises en place sont éparses, discontinues, et n'offrent que difficilement une opportunité d'encadrement du

²²⁴¹ Ph. LE TOURNEAU, « Rapport d'ouverture », in *La responsabilité professionnelle : une spécificité réelle ou apparente*, LPA, n° 137, 11 juill. 2001, p. 4.

petit professionnel. Pour ce faire, il est indispensable d'avancer prudemment et de tenir compte de la réalité de sa situation²²⁴². Un nouveau discours en vue de la prise en compte de cet acteur voit le jour et il est porteur de solutions aux problèmes rencontrés.

768. - **Défi et changement de style.** Cette considération engendrant la protection du petit professionnel constitue, comme pour le consommateur précédemment, un nouveau défi pour le droit, particulièrement pour la pratique contractuelle. La pensée générale a imposé un postulat inébranlable selon lequel tous les professionnels sont en position de force dans la relation contractuelle. En conséquence, le petit professionnel se retrouve, d'une part, oppressé par de nombreuses obligations, particulièrement dans ses relations avec les consommateurs, ses clients et, d'autre part, mis sur un pied d'égalité dans ses relations avec les autres professionnels. Si le droit a imposé une certaine façon de faire pour appréhender ces relations contractuelles en posant distinctement le statut de consommateur et celui de professionnel, il est nécessaire désormais de combattre ces positions bien souvent trop tranchées. La tentation de recourir à des notions intermédiaires était trop forte pour ne pas s'y intéresser. Aussi, la présente étude a eu pour vocation de démontrer que le petit professionnel pouvait constituer cette solution conciliatrice offrant à certains acteurs économiques de petite taille²²⁴³ une protection indispensable à leur existence juridique, voire à leur survie. L'égalité à outrance s'est imposée avec virulence et a influencé les manières de concevoir les relations contractuelles, notamment entre professionnels. Si le petit professionnel apparaît comme une nouvelle forme d'approche notionnelle encore peu structurée, il tend à se substituer au flou existant autour de la protection de certains professionnels et des positions parfois ambiguës adoptées²²⁴⁴. La défiance vis-à-vis du consommateur ou du non-professionnel réside bien souvent dans le fait qu'ils excluent par définition tous les autres acteurs d'une protection légale. Cela rend la situation tendue entre les partisans d'une diminution des protections mises en place, alors considérées comme trop contraignantes, et ceux qui pensent à l'inverse qu'il faut élargir le champ des protections pour permettre à d'autres parties d'en bénéficier. Le petit professionnel se présente comme la solution pour atténuer ces controverses en offrant une alternative intéressante et souple, susceptible de convenir à tous.

²²⁴² Aussi, il convient de garder à l'esprit les propos du Professeur CHAZAL portant sur la tentation de céder à « l'esprit de système » : « lors de l'étude des moyens de protection, [...] malheureusement le législateur français n'a pas évité cet écueil, préférant la facilité du simplisme démagogique à l'exigeante rigueur d'une analyse qui tient compte de la complexité du réel », J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s., spéc. p. 250.

²²⁴³ Par rapport à celle de leur(s) cocontractant(s).

²²⁴⁴ V. *supra* n° 169 et s.

Sa prise en compte englobe deux sortes de protections : la première à l'égard de lui-même qui, en raison de sa taille ou de ses capacités, voire de sa petite expérience, se trouve dans la nécessité de prendre des risques afin de grandir et d'exister ; et la seconde à l'égard des tiers, ses partenaires susceptibles d'abuser de leur position, de leur supériorité économique, de son inexpérience, de son ignorance, ou de sa crédulité dans les affaires.

769. - **Étape.** Dans l'état actuel des choses, la notion de petit professionnel²²⁴⁵ constitue une étape vers une redéfinition des catégories contractuelles existantes. L'attention qui lui sera apportée et l'aspiration à tendre vers un idéal contractuel plus proche des réalités pratiques se présentent comme de nouvelles perspectives d'évolution des relations, afin d'envisager un équilibre progressif et une justice contractuelle mieux assurée. Le petit professionnel tient sa force en ce qu'il se situe à la jonction entre deux catégories principales d'acteurs économiques dont l'approche s'avère bien souvent trop générale. La notion de petit professionnel doit être moins envisagée comme un déclin des catégories de consommateur ou de professionnel, mais plutôt comme un moyen de renforcer leur efficacité en offrant une alternative aux contractants trop souvent exclus de manière arbitraire ou injustifiée d'une protection pourtant nécessaire. Les diversités qu'elle recoupe permettent en outre de saisir et de s'inspirer des notions qui lui sont voisines.

770. - **Évolution.** La réception du petit professionnel par le droit n'est pas sans bousculer l'ordre juridique établi²²⁴⁶. Le juriste assiste au passage d'une conception théorique classique, celle de la dichotomie entre le consommateur et le professionnel, à une conception plus fonctionnelle des catégories existantes. Plus concrètement, la nature spécifique du petit professionnel appelle l'instauration d'un régime juridique adapté et se traduit, en amont, par la prévention des déséquilibres dans les relations contractuelles impliquant un petit professionnel²²⁴⁷, et aussi, en aval, par un maintien de cet équilibre²²⁴⁸. Si le droit des contrats et plus largement le droit des affaires sont considérés comme le terrain de la liberté, et aussi de « l'habileté » et de « l'astuce »²²⁴⁹, où la « tromperie » et la puissance économique sont « permises », chacun devant se défendre individuellement²²⁵⁰, un mouvement de

²²⁴⁵ Si elle vient à s'imposer.

²²⁴⁶ V. *supra* n° 495 et s.

²²⁴⁷ V. *supra* n° 666 et s.

²²⁴⁸ V. *supra* n° 695 et s.

²²⁴⁹ J.-L. RIVES-LANGE, « Rapport de synthèse », in *Le devoir de loyauté en droit des affaires*, *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2000, n° 340, p. 81.

²²⁵⁰ À l'inverse du droit de la consommation où les associations de consommateurs jouent un rôle essentiel.

« *moralisation accélérée* »²²⁵¹ s'est construit autour de l'idée que chacun doit pouvoir profiter, faire valoir, exercer, protéger ses droits. Il faut alors se rappeler d'être « *attentif au plus petit* »²²⁵². En ce sens, le petit professionnel constitue une catégorie de contractants susceptibles de profiter de ce mouvement dont l'esprit correspond tout à fait à sa situation, pour qu'il puisse prétendre à une prise en compte et à la défense de ses droits.

771. - **Action.** La prise en compte du petit professionnel doit exister compte tenu de ses faiblesses et de la carence du droit à répondre avec efficacité à sa situation. Cette dernière justifie d'une action en sa faveur et montre que celle-ci ne doit pas tarder²²⁵³. Comme souligné en introduction, l'intervention du droit européen sur ce sujet est propice à permettre un approfondissement des démarches entreprises afin d'aider le petit professionnel à exister dans l'ordre juridique²²⁵⁴. Dès lors, il est indispensable d'admettre l'utilisation de critères afin de fixer des seuils pour reconnaître précisément le petit professionnel et envisager sa considération par le droit²²⁵⁵.

772. - **Échecs.** Si le petit professionnel n'est pas véritablement en mesure de trouver dans le développement des droits spéciaux, en premier lieu le droit de la consommation au champ d'application de plus en plus restreint²²⁵⁶, et ensuite le droit de la concurrence pour sa part trop strict²²⁵⁷, la justice contractuelle désirée dans ces domaines conduit donc à trop d'abstraction²²⁵⁸. Le droit commun doit alors assurer la relève. En ce sens, les mécanismes protecteurs issus de la réforme du droit des contrats constituent des outils indispensables à la protection du petit professionnel mais restent insuffisants²²⁵⁹. Les disparités dans les relations englobant un petit professionnel doivent être anticipées, afin d'assurer justement un équilibre contractuel. Par ailleurs, en dehors du cadre strict des relations contractuelles, le petit professionnel devrait également pouvoir prétendre à une prise en considération spécifique dans l'exercice de son activité ou lorsqu'il se retrouve en difficulté²²⁶⁰.

²²⁵¹ J.-L. RIVES-LANGE, art. préc.

²²⁵² J. MESTRE, *Le meilleur est Avenir*, PUAM, 2006, p. 347.

²²⁵³ V. *supra* n° 429 et s., sur les difficultés rencontrées par les petits professionnels, tant dans leurs relations contractuelles et plus généralement dans l'exercice de leur activité.

²²⁵⁴ En ce sens, la reprise du projet de règlement européen optionnel pour un droit commun de la vente doit être soutenue.

²²⁵⁵ V. *supra* n° 499.

²²⁵⁶ Ce qui entraîne beaucoup d'exclusions : v. *supra* n° 174 et s.

²²⁵⁷ V. *supra* n° 235 et s.

²²⁵⁸ En gardant à l'esprit qu'il faut « *toujours se méfier des belles abstractions* » : J. MESTRE, *op. cit.*, p. 347.

²²⁵⁹ V. *supra* n° 284 et s.

²²⁶⁰ V. *supra* n° 380 et s.

773. - **Solution.** BEAUMARCHAIS écrit sur l'inégalité de la loi : « *Indulgente aux grands, dure aux petits* »²²⁶¹. L'inversion du rapport de cette métaphore lance une réflexion pour une prise de conscience collective de la situation de certains professionnels afin de proposer des solutions concrètes et effectives. Il est vrai que les récentes réformes ont apporté des nouveautés : une définition du consommateur et une autre du professionnel, mais sans garantir une véritable stabilité et des débats demeurent encore autour, par exemple, du non-professionnel²²⁶². S'il n'est pas souhaitable d'envisager une politique de réforme au cas par cas, il est essentiel de disposer d'une vision d'ensemble dont, à l'évidence, doit faire partie le petit professionnel. La présence de cet acteur dans le cœur de l'activité économique et contractuelle ne cesse d'être rappelée, sans que les législations susceptibles de les régir soient toujours adaptées. Il en résulte un décalage entre le droit et la réalité de leur situation : celui-ci ne fait qu'augmenter à l'heure où la tendance libérale se développe et s'accroît, rendant parfois difficile l'entrée sur le marché de ces acteurs économiques. En raison de son caractère aporétique, la question du petit professionnel a longtemps reposé sur un véritable dilemme. Or, parmi les nouveaux défis du droit, particulièrement du droit des contrats, celui d'accorder une place réelle et une véritable attention au petit professionnel est prégnant. La protection de ce contractant de tous les instants baigne dans un univers juridique influencé par le droit des sociétés, le droit de la concurrence, le droit économique et plus largement le droit des affaires.

Le petit professionnel procure un nouvel élan aux notions connues et un intérêt légitime : la notion générale et pleine de préjugés du professionnel s'en trouve rajeunie. Bien qu'elle demeure encore extérieure au monde juridique connu, les juristes sont invités à constater sa réalité et à en mesurer les apports. Ainsi, le petit professionnel trouve sa source dans la source même du droit : une justice pour tous et la prise en compte de l'humain. C'est ainsi que le Professeur ALPA relève « *l'importance du status des parties* » et la nécessaire application « *de critères de « justice contractuelle* » » dans l'évolution contemporaine des contrats²²⁶³.

774. - **Justifications.** Négliger la notion de petit professionnel pour éviter ses inconvénients et les craintes qu'elle fait naître, ou qu'on lui attribue injustement, serait se priver de l'utilité qu'elle représente, particulièrement de la simplification des relations entre

²²⁶¹ P.-A. CARON de BEAUMARCHAIS, *Le mariage de Figaro*, éd. classiques, Flammarion, Paris, 2010, Acte III, Scène 5, p. 166.

²²⁶² V. *supra* n° 78 et s.

²²⁶³ G. ALPA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, p. 1 et s., spéc. p. 3.

professionnels ou entre professionnels et consommateurs qu'elle pourrait engendrer. Dans ces hypothèses, le professionnel faible est clairement identifié et l'application de la règle protectrice grandement facilitée. Le droit gagnerait ainsi à tenir compte de la notion de petit professionnel pour en faire une véritable catégorie originale à côté des autres. Elle se situerait au sein du groupe plus varié des professionnels. La simplicité de la notion et le profit de son application permettraient de lutter contre les difficultés d'appréciation et de fonctionnement des régimes protecteurs. De surcroît, si le professionnel « partie faible » est parfois difficile à appréhender, la notion de petit professionnel aurait l'avantage de prendre en compte et d'identifier ces professionnels qui se trouvent en situation de faiblesse en raison de leur état, en l'occurrence leur taille. L'insertion de la notion de petit professionnel dans le paysage juridique à une place respectable doit donc apporter la simplicité d'appréciation générale du professionnel « partie faible ».

Elle offre également l'opportunité de regrouper les études, de transcender les distinctions ou classifications traditionnelles, par exemple, entre le droit civil, le droit commercial, le droit commun, le droit de la consommation, et le droit de la concurrence. En ce sens, elle a vocation à opérer un regroupement dans l'analyse des régimes de protection mis en place en faveur de certains professionnels et demeurés trop peu lisibles.

775. - **Suggestion : deux ouvertures pour un régime spécifique.** À ce stade, l'apport d'une proposition apparaît opportun. Les sociétés sont très variées, les contractants sont multiples, et le petit professionnel cherche sa place. PORTALIS reconnaît : « *Quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout* »²²⁶⁴. Mais comme le relèvent Messieurs MAZEAUD et CHABAS : « *on ne voit pas pourquoi une catégorie de citoyens bénéficieraient seuls des règles de protection exorbitantes du droit commun par le fait qu'elle se situe au bout de la chaîne de distribution* »²²⁶⁵. Ce qui est possible pour l'un, doit l'être pour l'autre ! De plus, la protection du petit professionnel apparaît d'autant plus justifiée que l'exclusivité de celle accordée au consommateur semble sous certains aspects discutable.

Une première hypothèse consisterait en la création d'un « Code spécial petit professionnel » qui pourrait être réfléchi au travers de la mise en place d'un régime spécifique

²²⁶⁴ J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire*, 1^{er} pluviôse an IX, p. 7.

²²⁶⁵ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, n° 32-3.

applicable à cet acteur, lui assurant un statut propre à ses particularités. Il serait alors envisageable de « partir de zéro » pour constituer ce nouveau Code, en répertoriant toutes les situations possibles et en leur faisant correspondre une législation pour les solutionner. Mais toutes les situations sont-elles prévisibles ? En ce sens, il serait intéressant de se rapprocher du modèle consumériste qui assure une protection permanente et systématique du consommateur, contractant considéré en situation de faiblesse.

Une seconde hypothèse partirait de l'existant. Si cette recherche a permis de mettre en évidence la difficulté résultant des études transversales d'une notion qui touche différentes branches du droit, plus que des problèmes, c'est une force qui doit en ressortir et servir pour une potentielle mise en pratique. Il faudrait alors se garder du risque de multiplication des lois²²⁶⁶. En effet, il est aussi permis d'imaginer un référentiel reprenant les droits spéciaux et aussi le droit commun, pour en répertorier tous les articles susceptibles d'aider à la protection du petit professionnel²²⁶⁷. Le traitement de la vulnérabilité du petit professionnel n'appelle peut-être pas nécessairement à l'élaboration de nouvelles normes de protection, bien que certaines soient encouragées. La méthode doit être la plus simple possible : sans réformer en profondeur l'existant, il y a plutôt lieu de s'en inspirer et de percevoir le petit professionnel comme une « grille de lecture » afin de rendre les règles déjà en place plus adaptées pour lui. De nombreuses dispositions du droit ont d'ailleurs été élaborées en considération du petit professionnel alors même qu'il n'était pas reconnu. Mais, de ce fait, le résultat est insuffisant en l'état ; il faut donc l'améliorer. À partir des règles protectrices existantes, le standard du petit professionnel s'imbriquerait dans chaque droit, spécial ou commun. Dès qu'un professionnel répondrait aux critères de définition du petit professionnel, il pourrait alors en bénéficier. Le statut protecteur du petit professionnel transcenderait la distinction entre le droit commun et tous les droits spéciaux auxquels il aurait recours pour être protégé.

Des solutions existent donc. Est-ce utopique d'envisager ainsi les possibilités ? S'agit-il de pur optimisme ? Mais derrière les défaillances des petites entreprises et au-delà de toutes les difficultés du petit professionnel, ce sont des personnes qui affrontent au quotidien leurs

²²⁶⁶ À cet égard, l'enseignement sous forme à la fois d'avertissement et de critique du Doyen CARBONNIER doit demeurer à l'esprit : « À peine apercevons-nous le mal que nous exigeons le remède ; et la loi est, en apparence, le remède instantané. Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes du législateur. Il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait » : J. CARBONNIER, « L'inflation des lois », *Deffrénois*, 1979, n° 276.

²²⁶⁷ Qu'il s'agisse, à titre principal, du Code civil et du Code de commerce, mais également du Code de la consommation (relations entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel), du Code monétaire et financier (dispositions sur l'ouverture de crédit, cessions de créances professionnelles, etc.), ou encore le Code de Procédure Civile (clauses attributives de compétence, dispositions sur les conventions d'arbitrage, etc.).

problèmes et leur cause doit être défendue²²⁶⁸. Il appartiendra au législateur de décider des choix à prendre et d'apprécier la portée de cette notion.

776. - **Espoir.** Si la notion et le statut du petit professionnel décrits questionnent, ils apparaissent comme des pistes non négligeables aux problèmes mis en perspective. Toutefois, il faut être conscient des limites de cette notion qui ne prétend pas solutionner toutes les difficultés émises. En effet, la question du périmètre de cette proposition reste à déterminer. Ainsi donc, peut-être que l'idéal perçu et présenté au travers de la notion de petit professionnel ne constitue pas la solution parfaite, mais il a le mérite d'exister.

Le droit ne peut pas demeurer inactif, sous prétexte de l'affaiblissement du droit commun ou des protections existantes, pour le consommateur notamment, ou encore en raison d'un particularisme acerbe à propos du cas par cas. Le droit « subit » la société et doit s'y adapter. Un droit qui précéderait la société et anticiperait ses choix ne serait pas imaginable, ni concevable. Or, si les politiques économiques en faveur des petits professionnels pullulent, l'heure a sonné pour le droit de réaliser des choix en accord avec leur situation. Protéger le petit professionnel, ce n'est pas affaiblir le consommateur, ce n'est pas exclure le professionnel, ni l'infantiliser, c'est seulement prendre en compte la réalité économique et sociale de la société, c'est-à-dire faire du Droit un instrument d'écoute et de levier propre à garantir la justice sociale, économique et contractuelle. Si le Doyen BEIGNIER explique que « *pour un juriste, le droit n'est pas un [...] habillage, il est fondateur d'une société : jamais subsidiaire et toujours essentiel* »²²⁶⁹, le Professeur REVET a parfaitement souligné : « *on n'a jamais arrêté le cours des sociétés par le droit ; le droit ne peut qu'accompagner les choix sociaux, plus ou moins bien, telle est la seule marge de manœuvre des juristes, en même temps que leur seul véritable apport...* »²²⁷⁰. Bien sûr, l'attention accordée au petit professionnel est susceptible de contrarier de manière plus ou moins importante d'autres contractants. Cependant, il est difficile de ne pas partager les propos du Professeur RACINE : « *le droit ne nous semble réellement pertinent que lorsqu'il est porteur d'humanisme, lorsqu'il privilégie les personnes par rapports aux choses* »²²⁷¹. Voilà donc les enseignements fondamentaux pour l'instauration d'un droit des contrats véritablement humaniste au profit du petit professionnel.

²²⁶⁸ Il faut penser ici particulièrement aux petits producteurs agricoles, sur lesquels : v. *supra* n° 301 et s.

²²⁶⁹ B. BEIGNIER, « Réponse à Thierry Revet (« Pour un nouveau code civil »), *D.*, 2019, chron., p. 1408.

²²⁷⁰ Th. REVET, « À propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau code civil » », *D.*, 2019, p. 1011, spéc. n° 3, p. 1012.

²²⁷¹ J.-B. RACINE, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA*, 2006, n° 63, p. 37.

BIBLIOGRAPHIE

I – TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET COURS

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.) :

- *Cours de droit civil français*, 6^e éd., Paris, 1942.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.) :

- *Les contrats de la distribution, Traité des contrats*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 1999.

BENABENT (A.) :

- *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2019.

BERGEL (J.-L.) :

- *Théorie générale du droit*, 5^e éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2012.

BLAISE (J.-B.) :

- *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, 7^e éd., LGDJ, 2013.

- *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, 10^e éd., LGDJ, 2019.

BUY (F.), LAMOUREUX (M.), et RODA (J.-Ch.) :

- *Droit de la distribution*, LGDJ, éd. Lextenso, 2017.

- *Droit de la distribution*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso, 2019.

CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.) :

- *Droit de la consommation*, Précis, Dalloz, 2015.

CARBONNIER (J.) :

- *Droit civil II, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004.

CORNU (G.) :

- *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 9^e éd., PUF, 2011.

DE GROVE-VALDEYRON (N.) :

- *Droit du marché intérieur européen*, 4^e éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2014.

DURAND (P.) et JAUSSAUD (R.) :

- *Traité de droit du travail*, préf. G. PICHAT, t. 1, Paris, Dalloz, 1947.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), et DEBOISSY (Fl.) :

- *Droit des sociétés*, 26^e éd., Litec, 2013.

DEMOGUE (R.) :

- *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1911.

- *Traité des obligations en général, I., Sources des obligations*, t. V, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925.

- *Traité des obligations en général, II. Effets des Obligations*, Tome VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931.

DIDIER (P.) et DIDIER (Ph.) :

- *Droit commercial*, t. I, coll. Corpus Droit Privé dirigée par MOLFESSIS (N.), Economica, 2005.

DOCKES (E.) et AUZERO (G.) :

- *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 2015.

FARJAT (G.) :

- *Droit économique*, PUF, Coll. Thémis, 1971.

FERRIER (D. et N.) :

- *Droit de la distribution*, LexisNexis, 8^e éd., 2017.

FERRIER (D.) et CAS (G.) :

- *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986.

GANDOLFI (G.) (dir.) :

- *Code européen des contrats*, Milano, A. Giuffré, 2004.

GAVALDA (Ch.), PARLEANI (G.) et LECOURT (B.) :

- *Droit des affaires de l'Union européenne*, 7^e éd., LexisNexis, 2015.

GAZZANIGA (J.-L.) :

- *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.) :

- *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 4^e éd., LGDJ, 2013, t. 1.

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), avec la collaboration de MOREL-MAROGER (J.) :

- *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), 3^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012.

JULIEN (J.) :

- *Droit de la consommation et du surendettement*, éd. Montchrestien-Lextenso, 2009.

KÖTZ (H.), FAUVARQUE-COSSON (B.), SIGNAT (C.) et GALBOIS-LEHALLE (D.) :

- *Droit européen des contrats*, Université, Sirey, 2019.

LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), avec le concours de BLOCH (C.), GUETTIER (Ch.), GIUDICELLI (A.), JULIEN (J.), KRAJESKI (D.), POUMAREDE (M.) :

- *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018/2019.

LE TOURNEAU (Ph.) et CADIET (L.) :

- *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1998.

LETTERON (R.) :

- *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2012.

LUCAS DE LEYSSAC (Cl.) et PARLEANI (G.) :

- *Droit du marché*, Thémis Droit privé, PUF, 2002.

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.) :

- *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2008.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.) :

- *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 3^e éd., 2007.

- *Droit civil, Les obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.) :

- *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LGDJ, 2018.

MALAURIE-VIGNAL (M.) :

- *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 7^e éd., 2017.

- *Droit de la distribution*, Sirey, 4^e éd., 2018.

MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.) :

- *Leçons de droit civil, tome II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, 8^e éd., Monchrestien, 1991.

- *Leçons de droit civil, tome II, vol. 1, Obligations, Théorie Générale*, 9^e éd., 1998.

MAZEAUD (H., L. et J.) et JUGLART (de) (M.) :

- *Leçons de droit civil, tome III, vol. 2, Principaux contrats*, 3^e éd., Monchrestien, 1968.

MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-E.), ARNAUD-GROSSI (I.), MERLAND (L.), TAGLIARINO-VIGNAL (N.) :

- *Droit commercial droit interne et aspects de droit international*, 29^e éd., LGDJ, 2012.

OPPETIT (B.) :

- *Philosophie du droit*, Précis, Dalloz, 1999.

PICOD (Y.) et DAVO (H.) :

- *Droit de la consommation*, 4^e éd., Sirey, coll. Université, 2018.

PLANIOL (M.) :

- *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 9^e éd., 1923.

PRIETO (C.) et BOSCO (D.) :

- *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013.

RAYMOND (G.) :

- *Droit de la consommation*, 4^e éd., LexisNexis, Droit & professionnels, 2017.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) :

- *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 1, 18^e éd., par VOGEL (L.), LGDJ, 2001.

RIPERT (G.), ROBLOT (R.) et VOGEL (L.) :

- *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, Tome 1, 20^e éd., LGDJ, 2016.

ROCHFELD (J.) :

- *Les grandes notions du droit privé*, Thémis Droit, PUF, 2^e éd., 2013.

ROUHETTE (G.), de LAMBERTERIE (I.), TALLON (D.), WITZ (C.) :

- *Principes du droit européen du contrat*, coll. « Droit privé comparé et européen », SLC, vol. 2, 2003.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), avec le concours de POILLOT (E.), AUBERT DE VINCELLES (C.) et BRUNAU (G.) :

- *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso éditions, 2013.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT de VINCELLES (C.), BRUNAU (G.), et USUNIER (L.) :

- *Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Lextenso, 2^e éd., 2018.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.) :

- *Introduction au droit*, 5^e éd., Litec, 2000.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.) :

- *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.) :

- *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.) :

- *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, 2014.

- *Cours de droit civil, Contrats, Vente (Droits communs français et européen) – Échange*, PUF, 2016.

II - OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES

AL BOUSTANY (M.) :

- *Le contrat type*, th. Poitier, sous la direction de J. SAVATIER, 1977.

ALLAIN (M.-L.), CHAMBOLLE (C.) et S. TUROLLA (S.) :

- *Évaluation des effets de la loi de modernisation économique et des stratégies d'alliances à l'achat des distributeurs*, Rapport remis au ministre de l'Économie le 15 déc. 2016.

ARCELIN (L.) :

- *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, préf. M.-D. HAGELSTEEN, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, tome 61, 2003.

ARISTOTE :

- *Ethique à Nicomaque*, traduc. et présentation R. BODEÛS, GF Flammarion, 2004.

ASSOCIATION H. CAPITANT :

- *La bonne foi*, Litec, coll. Travaux de l'Association H. CAPITANT, tome XLIII, 1994.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE :

- *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986.

AUBRY (H.) :

- *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. A. GHOZI, PUAM, 2002.

BARBIER (H.) :

- *La liberté de prendre des risques*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2011.

BEAUMARCHAIS (de) (P.-A. CARON) :

- *Le mariage de Figaro*, éd. classiques, Flammarion, Paris, 2010.

BELLISSENT (J.) :

- *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001.

BEN HAMIDA (W.) et CLAY (T.) (dir.) :

- *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013.

BERT (D.) :

- *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. BOUCOBZA, Fondation Varenne Collection de thèses, 2011.

BERT (D.), CHAGNY (M.) et CONSTANTIN (A.) (dir.) :

- *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, préf. J.-L. DEBRE, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2015.

BERTHIAU (D.) :

- *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999.

BIGAULT DU GRANRUT (de) (B.) :

- « La libre circulation des professions libérales », *RJ com.*, n° spécial, Colloque de DEAUVILLE, 13 et 14 juin 1987, *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, nov. 1987, p. 48 et s.

BLOCH (C.) :

- *L'obligation contractuelle de sécurité*, préf. R. BOUT, PUAM, 2002.

BOSCO (D.) :

- *Le droit de rétractation, D'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats*, Mémoire, sous la direction de C. PRIETO, Aix-Marseille, 1999.

- *Le contrat exclusif*, Thèse, Aix-Marseille, 2005, dir. C. PRIETO.

BOÜARD (de) (F.) :

- *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. VINEY, Bibliothèque de l'Institut André TUNC, T. 13, LGDJ, 2007.

BRIEND (C.) :

- *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, Thèse, Paris, 2015, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS.

BOURDIEU (P.) :

- *La distinction*, éd. de Minuit.

BOURRIER (C.) :

- *La faiblesse d'une partie au contrat*, Collection Thèses de Sciences Humaines n° 12, éd. Academia, Bruylant, 2003.

BOURSIER (M.-E.) :

- *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003.

BOYER (Y.) :

- *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, PUAM, 1978.

CABRILLAC (R.) :

- *Droit européen comparé des contrats*, Systèmes Droit, LGDJ, Lextenso éditions, 2012.

CABRILLAC (R.), MAZEAUD (D.) et PRŮM (A.) (dir.) :

- *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain* Colloque du 22 juin 2007, SLC, vol. 8, 2008.

CALAIS-AULOY (J.) (dir.) :

- *Vers un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie, des Finances et du Budget chargé de la consommation*, Juin 1984, La Documentation Française, coll. des rapports officiels.

CARBONNIER (J.) :

- *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Champs essais, Flammarion, 1996.

CARTWRIGHT (J.), FAUVARQUE-COSSON (B.), WHITTAKER (S.) (dir.) :

- *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, SLC, vol. 29, 2018.

CASSIEDE (M.) :

- *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, th. Univ. Bordeaux, sous la direction de L. SAUTONIE-LAGUIONIE, 2018.

CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES AFFAIRES (Paris) :

- *Les PME et le droit de la concurrence – Analyse critique, comparative et prospective*, préf. Y. CHAPUT, CREDA, LexisNexis, Litec, Collection « Droit des affaires », 2009.

CHAGNY (M.) :

- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. GHESTIN, Dalloz, Paris, 2004.

CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.) (dir.) :

- *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1, La sanction entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012.

CHALMIN (Ph.) :

- *Le marché – Eloge et réfutations*, Economica, 2000.

CHAMPAUD (Cl.) (dir.) :

- *Nos petites entreprises au seuil du XXI^e siècle – Quelles nouvelles réponses juridiques aux défis socio-économiques ?*, CREDA, *Gaz. Pal.*, 06 décembre 2003.

CHANTEPIE (G.) :

- *La lésion*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2006.

CHAPUT (Y.) :

- *De l'objet social des sociétés commerciales*, Thèse Clermont-Ferrand, 1973.

CHAUDOUET (S.) :

- *Le déséquilibre significatif*, Thèse Université Montpellier, 2018.

CHAZAL (J.-P.) :

- *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Grenoble II, 1996.

CHONE-GRIMALDI (A.-S.) :

- *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. TEYSSIE, Paris, Economica, 2010.

COHET-CORDEY (F.) (dir. et coord.) :

- *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000.

COMBALUZIER-VAUDE (A.) :

- *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, Thèse Montpellier III, dir. G. WICKER, 2008.

CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL ET CENTRE CONFEDERAL D'ETUDES ECONOMIQUES ET SOCIALES :

- *La défense du consommateur : naissance et limites actuelles du droit*, préf. E. DEISS, Études et documents économiques, 1981.

CONGRÈS NATIONAL DES HUISSIERS DE JUSTICE :

- *Le contrat de consommation : contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur : Tours 12-16 juin 1974*, LGDJ, 1974.

COSTA (D.) et PELISSIER (A.) (dir.) :

- *Contrats et Droits fondamentaux*, PUAM, 2011.

DARMAISIN (S.) :

- *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIE, LGDJ, coll. biblio. dr. privé., tome 343, 2000.

DEJEAN DE LA BÂTIE (N.) :

- *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. MAZEAUD, LGDJ, 1965.

DEPPING (G.-B.) :

- *Règlements sur les arts et métiers de Paris, rédigés au XIII^e siècle, et connu sous le nom du Livre des métiers d'Etienne BOILEAU*, éd. Crapelet, Paris, 1837.

DESCARTES (R.) :

- *Discours de la méthode*, présentation par L. RENAULT, éd. avec dossier, GF Flammarion, Paris, 2000 (m.à.j. 2016).

DESHAYES (O.) (dir.) :

- *Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises. Contributions du LEJEP*, Lextenso éditions, coll. LEJEP, 2011.

- *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, SLC, vol. 6, 2012.

DESHAYES (O.), GENICON (T.), et LAITHIER (Y.-M.) :

- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2^e éd., LexisNexis, 2018.

DESPAX (M.) :

- *L'entreprise et le droit*, préf. G MARTY, Avant-propos H. SOLUS, LGDJ, 1957.

DISSAUX (N.) et JAMIN (Ch.) :

- *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Rendu public le 25 février 2015, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015.

- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016), Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016.

FABRE-MAGNAN (M.) :

- *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. privé, Tome 221, LGDJ, 1992.

- *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

FARJAT (G.) :

- *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

FAUVARQUE-COSSON (B.) (dir.) :

- *Livre vert sur le droit européen de la consommation. Réponses françaises*, SLC, vol. 5, 2007.

FAUVARQUE-COSSON (B.), MAZEAUD (D.), et TENENBAUM (A.) (dir.) :

- *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, SLC, vol. 6, 2008.

FAUVARQUE-COSSON (B.), MAZEAUD (D.), WICKER (G.) et RACINE (J.-B.) :

- *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, SLC, vol. 7, 2008.

FENOUILLET (D.) et LABARTHE (F.) (dir.) :

- *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, éd. Economica, coll. Études juridiques, vol. 15, 2002.

FENOUILLET (D.) et REMY-CORLAY (P.) (dir.) :

- *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Colloque des 30 et 31 janvier 2003, Thèmes et commentaires, 2003.

FIN-LANGER (L.) :

- *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2002.

FONTAINE (M.) et VINEY (G.) (dir.) :

- *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, *Études de droit comparé*, LGDJ, 2001.

FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.) (dir.) :

- *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996.

FONTMICHEL (de) (M.) :

- *Le faible et l'arbitrage*, préf. T. CLAY, *Economica*, 2013.

FOUILLÉE (A.) :

- *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1910.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BONFILS (S.) :

- *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, PUF, 2005.

GAUDEMET (S.) :

- *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, *Economica*, coll. *Recherches juridiques*, 2006.

GENDRE-DEVOIVRE (M.) :

- *Collaboration et assistance entre les parties au contrat*, th. Clermont-Ferrand, 1981.

GENY (F.) :

- *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, I, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1927.

- *Science et Technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Bibliolife, LLC, 2009, (rééd. oct. 1915).

- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique*, préf. R. SALEILLES, 2^e éd., t. I et II, LGDJ, 1919.

GOUNOT (E.) :

- *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912.

GOLDIE-GENICON (C.) :

- *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009.

GRAF (O.) :

- *La personne morale : un non-professionnel ?*, Thèse Aix-Marseille, 2015.

GRYNDAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.) :

- *Le solidarisme contractuel*, *Économica*, 2004.

HABA (P.) :

- *Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé*, Thèse Paris Nanterre, 2017.

HAGE-CHAHINE (N.) :

- *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 2017.

JAMIN (Ch.) (dir.) :

- *Droit et économie des contrats*, LGDJ, Droit et Economie, 2008.

JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.) (dir.) :

- *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris : *Economica*, Collection Etudes juridiques, 1998.

- *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Collection Etudes juridiques, *Economica*, 2001.

JARROSSON (C.) :

- *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, LGDJ, 1987.

JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.) :

- *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004.

JESTAZ (Ph.) :

- *Les sources du droit*, Dalloz, « Connaissance du droit », 2005.

JOSSERAND (L.) :

- *De l'abus des droits*, Paris, 1905.

KANT (E.) :

- *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Librairie Philosophique J. VRIN, 1997.

LA BOETIE (de) (E.) :

- *Discours de la servitude volontaire*, Librio, E.J.L., 2018.

LACORDAIRE (H.-D.) :

- *Sermon à la Chaire de Notre-Dame (1848)*, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, 1855.

LASBORDES (V.) :

- *Les contrats déséquilibrés*, Tomes I et II, préf. C. SAINT-ALARY HOUIN, PUAM, 2000.

LATINA (M.) et CHANTEPIE (G.) :

- *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.

- *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018.

LE BESCOND de COATPONT (M.) :

- *La dépendance des distributeurs*, préf. G. CHANTEPIE, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2016.

LE GAC-PECH (S.) :

- *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, 2000.

LEROY (M.) :

- *Contribution à l'étude des obligations du professionnel : le devoir de répondre des risques créés et de maîtrise professionnelle*, Toulouse, éd. Gazette du Midi, 1999.

LE TOURNEAU (Ph.) :

- *La responsabilité civile professionnelle*, Economica, 1995.

- *Le parasitisme*, éd. Litec, 1998.

- *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000.

- *Responsabilité civile professionnelle*, 2^e éd., Dalloz Référence, 2005.

LEVENEUR-AZEMAR (M.) :

- *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2017.

LOCHOUARN (D.) :

- *La profession, Approche juridique de la notion*, Thèse, Lyon III, 1998.

LOCKE (J.) :

- *Traité du gouvernement civil*, GF - Flammarion, Paris, 2^e éd., 1992.

LOKIEC (P.) :

- *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004.

LOUSSOUARN (Y.) et LAGARDE (P.) (dir.) :

- *L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation*, préf. Y. LOUSSOUARN, Paris, LGDJ, 1978.

MALAUURIE (Ph.) :

- *L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, t. 1, préf. P. ESMEIN, 1953.

MALLARD (A.) :

- *Petit dans le marché. Une sociologie de la Très Petite Entreprise*, Paris, Presses des Mines, coll. Sciences sociales, 2011.

MARIGNOL (L.) :

- *La prévisibilité en droit des contrats*, Thèse, Université Toulouse 1, 2017.

MARX (K.) et ENGELS (F.) :

- *Manifeste du parti communiste*, Présentation et traduction E. BOTTIGELLI, éd. revue et augmentée par G. RAULET, GF FLAMMARION, Paris, 1998.

MÄSCH (G.), SCHULZE (R.), WICKER (G.) (dir.) :

- *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013.

MAUME (F.) :

- *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, Thèse Evry-Val-d'Essonne, dir. D. HOUTCIEFF, 2015.

MAYALI (J.-Ch.) :

- *La notion de consommateur (À la lumière du droit comparé)*, Thèse, Montpellier, 1993.

MAZEAUD (D.) et FAUVARQUE-COSSON (B.) (dir.) :

- *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC, 2003.

MESTRE (J.) :

- *Le meilleur est Avenir*, PUAM, 2006.

MIGEON (H.) :

- *Le Droit et l'entreprise, Encyclopédie de l'entreprise moderne*, T. 11, Entreprise Moderne d'Édition, Paris, 1966.

MOULY-GUILLEMAUD (C.) (dir.) :

- *Flux et reflux de la rupture brutale d'une relation commerciale - Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, Actes du colloque du 27 nov. 2017 à la Faculté de droit de Montpellier, LexisNexis, 2018.

NADAUD (S.) :

- *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008.

NICOLET (S.) :

- *L'abus de dépendance économique en droit des affaires*, Thèse, Montpellier, 2008.

NOBLOT (C.) :

- *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002.

ORWELL (G.) :

- *La ferme des animaux, Animal Farm*, Gallimard, Collection Folio Bilingue, 2014.

PAYET (M.-S.) :

- *Droit de la consommation et droit de la concurrence*, Dalloz, 2001.

PICOD (Y.) :

- *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, 1989.

PICOD (Y.) et MAZEAUD (D.) (dir.) :

- *La violence économique. À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Association Henri Capitant, Journées Nationales, Tome XXI, Perpignan, Dalloz, 2017.

POILLOT (E.) :

- *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006.

PORACCHIA (D.) :

- *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1998.

PORTALIS (J.-E.-M.) :

- *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, préf. M. MASSENET, Bordeaux, éd. Confluences, 2004.

PLATON :

- *La République*, éd. Garnier Frères, Paris, 1966.

PRIETO (C.) (dir.) :

- *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003.

RANOUIL (V.) :

- *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Travaux et recherches de l'Université Paris II, Paris, PUF, 1980.

RASCHEL (E.) :

- *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, préf. R.-N. SCHÜTZ et M. DANTI-JUAN, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2014.

RAWLS (J.) :

- *La justice comme équité, Une reformulation de Théorie de la justice*, éd. La Découverte, Paris, 2008.

RAYMOND (R.) :

- *Droit commun et droit spécial des contrats d'affaires*, Thèse, Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, dir. M. CHAGNY, 2012.

RIPERT (G.) :

- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951.

- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949.

ROBICHEZ (J.) :

- *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, Thèse, Paris 1, dir. J. GHESTIN, 1999.

ROGUE (F.) :

- *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. M. AUDIT, postface L. MAUGER-VIELPEAU, Bibliothèque des thèses, éd. Mare & Martin, 2017.

ROLAND (H.) :

- *Lexique juridique des expressions latines*, 7^e éd., LexisNexis, 2016.

ROLAND (H.) et BOYER (L.) :

- *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999.

ROLLAND (R.) :

- *Jean-Christophe, tome IX, Le buisson ardent*, La Bibliothèque électronique du Québec, Coll. Classiques du XX^e siècle, vol. 62 : version 1.0.

ROUHETTE (G.) :

- *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965 (1 vol. de texte, 1 vol. de notes bibliographiques).

ROUSSEAU (J.-J.) :

- *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 2008.

ROUVIERE (F.) (dir.) :

- *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, Bruylant Bruxelles, 2010.

RZEPECKI (N.) :

- *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2002.

SAINT-GEOURS (J.) :

- *Vive la société de consommation*, 1971, Librairie Hachette.

SAINT-THOMAS D'ACQUIN :

- *Somme Théologique, La Justice, Tome 1^{er}*, traduc. M. S. GILLET, O. P., éd. de la Revue des Jeunes, Société Saint Jean l'évangéliste, DESCLEE et CIE, Paris, Tournai, Rome, 1932.
- *Somme Théologique*, tome 1, CERF, 1984.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) :

- *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2000.

SAVATIER (R.) :

- *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. Approfondissement d'un droit renouvelé*, Troisième série, Dalloz, 1959.

SAVAUX (E.) :

- *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, 1997.

SERRA (Y.) et CALAIS-AULOY (J.), (dir.) :

- *Concurrence et consommation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1994.

STOFFEL-MUNCK (Ph.) (dir.) :

- *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015.

STRICKLER (Y.) et RACINE (J.-B.) :

- *L'arbitrage. Questions contemporaines*, L'Harmattan, 2012.

TERRE (F.) :

- *Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, LexisNexis, Droit 360°, 2011.

TRUILHE (E.) :

- *Vers un droit communautaire des contrats*, Thèse, Aix-en-Provence, 2002.

VIALLE (S.) :

- *La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. I et II, Thèse, Grenoble, 1990.

VIRASSAMY (G. J.) :

- *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1986.

WICKER (G.) (dir.) :

- *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre ?*, Actes du colloque organisé par le CERDAC le 19 sept. 2007, LexisNexis, Colloques et débats, 2008.

WIRTZ (P.) :

- *Les meilleures pratiques de gouvernement d'entreprise*, La découverte, coll. repères, 2^e éd., 2019.

III – ÉTUDES, ARTICLES, CHRONIQUES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

ALPA (G.) :

- « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, p. 1 et s.

AMAR (J.) :

- « Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ? », *CCC*, 2003, chron., n° 5.

AMARO (R.) :

- « La relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence », *AJ Contrat*, 2019, p. 8.

ANCEL (Fr.) :

- « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.*, 2017, chron., p. 721.

ANCEL (P.) :

- « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *Droit et patrimoine*, 1998, n° 60, p. 88 et s.

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771.

ANCELIN (O.) et CAUSANS (de) (M.) :

- « Les prémices du Third Party litigation funding en France. Ou l'introduction progressive du financement de procès par un tiers », *JCP E.*, n° 45, 2015, 1527.

ARCELIN-LECUYER (L.) :

- « La redondance informative ou le bon sens oublié », *CCC*, n° 5, mai 2011, étude 9.

- « Les notions d'entreprise en droit de la concurrence français », *RLC*, n° 48, mars 2016, 2929, p. 18.

AUBERT (J.-L.) :

- « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Defrénois*, n° 15-16, 2000, p. 931.

AUBERT de VINCELLES (C.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) :

- « La loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.*, 2014, p. 879.

AUBERT de VINCELLES (C.) :

- « Chronique de droit européen des contrats – (1^{er} janvier – 31 décembre 2018) », *CCC*, n° 5, mai 2019, chron. 3.

AUBRY (H.) :

- « Consommations émergentes : quels enjeux pour le droit de la consommation à l'échelle nationale et européenne ? », in *Protection des consommateurs, Les nouveaux enjeux du consumérisme*, D. ROUX et L. NABEC (coord.), préf. R. ROCHEFORT, p. 37.

AUGENDRE (G.) :

- « La concurrence : renforcement du devoir de loyauté », *Gaz. Pal.*, n° 340, 5 déc. 2000, p. 28.

AYNES (L.) :

- « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, I. FADLALLAH (dir.), Litec, 1982, p. 66.

BALAT (N.) :

- « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.*, 2015, p. 699.

- « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.*, 2018, chron., p. 2099.

BARNIAUD (S.) :

- « Financement – Mécénat – Les entreprises de taille intermédiaire comme partenaires », *Juris associations*, 2015, n° 518, p. 48.

BEAUCHARD (J.) :

- « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. CORNU*, 1995, p. 9 et s.

- « Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *LPA*, 5 janv. 1998, p. 14.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) :

- « « Le choc des titans » : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », in *Libre droit mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 53.

- « Rapport introductif », *RDC*, 2012, n° 3, p. 1041.

- « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G.*, n° 21, 2015, doct. 603.

- « Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence. Le droit français de la concurrence est-il devenu trop rigide ? », *CCC*, n° 6, juin 2019, dossier 2.

- « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », *JCP E.*, n° 29, 2019, 1363.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), FAUVARQUE-COSSON (B.) et JACQUEMIN (Z.) :

- « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC*, 1^{er} janv. 2012, n° 1, p. 191.

BEIGNIER (B.) :

- « Réponse à Thierry Revet (« Pour un nouveau code civil »), *D.*, 2019, chron., p. 1408.

BENABENT (A.) :

- « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 245.

BENABENT (A.) et AYNES (L.) :

- « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.*, 2016, p. 434.

BERGEL (J.-L.) :

- « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255.

BERGER-TARARE (C.) :

- « De la concurrence entre la liquidation judiciaire et le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.*, n° 3, mai 2014, étude 12.

BERLIOZ (G.) :

- « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G.*, 1979, II, 2954.

BERNHEIM-DESVAUX (S.) :

- « Quand ratification rime avec modifications ! », *CCC*, n° 3, avr. 2017, comm. 63.

- « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 1 : Analyse critique des sanctions civiles », *CCC*, n° 1, janv. 2019, étude 1.

- « Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Partie 2 : Approche prospective des sanctions civiles », *CCC*, n° 2, févr. 2019, étude 2.

BERT (D.) :

- « La recodification du droit des contrats, entre simplification et modernisation », in *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, D. BERT, M. CHAGNY et A. CONSTANTIN (dir.), préf. J.-L. DEBRE, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2015, p. 109 et s.

BIOY (X.) :

- « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in *Les notions juridiques*, G. TUSSEAU (dir.), Economica, 2009.

BLANC (D.) et DEROULEZ (J.) :

- « La longue marche vers un droit européen des contrats », *D.*, 2007, p. 1615.

BLAISE (J.-B.) :

- « La concurrence dans le secteur des services », *RJ com.*, n° spécial, Colloque de DEAUVILLE, 13 et 14 juin 1987, *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, nov. 1987, p. 122 et s.

BLAISE (J.-B.) et HUET (J.) :

- « Commerce électronique et Code de commerce », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 423 et s.

BOCCARA (M.), JOUFFIN (E.) et ROUSSILLE (M.) :

- « La nouvelle recodification du Code de la consommation », *Banque et droit*, n° 169, sept.-oct. 2016, chron., p. 27.

BOLZE (Ch.) :

- « La notion d'entreprise », *RJ com.*, n° spécial, Colloque de DEAUVILLE, 13 et 14 juin 1987, *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, nov. 1987, p. 65 et s.

BONEVA-DESMICHT (K.) :

- « 3 questions. Le *third party funding* », *JCP E.*, n° 35, 2016, 672.

BOSCO (D.) :

- « La « faute politique » serait de politiser le contrôle des concentrations », *CCC*, n° 5, mai 2019, repère 5.

BOULOC (B.) :

- « L'obligation de loyauté du dirigeant social », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LE CANNU*, Dalloz, 2014, p. 233 et s.

BROS (S.) :

- « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.*, 2016, p. 29.

BROS (S.), CHENEDE (F.), FERRIER (N.) et HOTTE (S.) :

- « De la sanction de l'abus contractuel à celle des pratiques restrictives de concurrence », *Concurrences*, n° 1-2016, art. 77375.

BRULEZ (P.) :

- « A consumer law for professionals : radical innovation or consolidation of national practices ? », in *The Position of Small and Medium-Sized Enterprises in European Contract Law*, Marco B. M. Loos and Ilse Samoy (eds), Intersentia, 2014, p. 41.

BRUN (Ph.) :

- « Le droit de revenir sur son engagement » *Droit et Patrimoine*, mai 1998, p. 78.
- « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RLDC*, sept. 2016, n° 140, p. 31 et s.

BUREAU (D.) :

- « Vers un critère général ? », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et Fr. LABARTHE (dir.), Économica, p. 53.

BUY (F.) :

- « La sanction de la lésion dans les relations commerciales (À propos de l'article L. 441-7 du Code de commerce modifié par la loi Hamon du 17 mars 2014) », *D.*, 2014, p. 1333.
- « Intérêts et méfaits de la spécialisation juridictionnelle, in *Flux et reflux de la rupture brutale d'une relation commerciale - Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, Actes du colloque du 27 nov. 2017 à la Faculté de droit de Montpellier, C. MOULY-GUILLEMAUD (dir.), LexisNexis, 2018, p. 131.
- « Réforme du droit des relations commerciales agricoles : la « contractualisation », acte 2, *AJ Contrat*, 2018, p. 504.
- « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *D.*, 2019, chron., p. 1122.
- « Les discriminations dans les relations commerciales », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 183 et s.

BUY (F.) et THERON (J.) :

- « L'éthique de l'entreprise », *JCP E.*, n° 25, 2013, 1359.

CABANIS (A.) :

- « L'entreprise, une idée neuve en France ? », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015 p. 53 et s.

CABRILLAC (M.) :

- « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p.235 et s.

CABRILLAC (R.) :

- « Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne », *D.*, 2019, chron., p. 1191.

CADIET (L.) :

- « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI^e siècle études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 177 et s.

CALAIS-AULOY (J.) :

- « Propositions pour un nouveau droit de la consommation », *La documentation française*, 1985, p. 19.

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 239 et s.

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.*, 1998, p. 115.

- « Les sanctions en droit de la consommation », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 75 et s.

- « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 81.

CANET (P.) :

- « Le rétablissement professionnel - Le point de vue du praticien », *Rev. proc. coll.*, n° 2, mars 2014, dossier 23.

CARBONNIER (J.) :

- « L'inflation des lois », *Deffrénois*, 1979, n° 276.

- « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, PUF, 1986, p. 29 et s.

CASTETS-RENARD (C.), NDIOR (V.) et RASS-MASSON (L.) :

- « Le marché unique numérique : quelles réalités matérielles et conceptuelles ? (Compte-rendu du colloque du 14 septembre 2018, Université Toulouse Capitole) », *D.*, 2019, p. 956 et s.

CATALA (P.) :

- « Des contrats déséquilibrés », in *Études à la mémoire de Fernand-Charles JEANTET*, LexisNexis, 2010, p. 77.

CATHELINEAU (A.) :

- « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive... », *CCC*, 1999, chron. 13, p. 4.

CAVALLINI (J.) :

- « Liberté du commerce et de l'industrie et libertés de circulation en Europe », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 651 et s.

CHAGNY (M.) :

- « Propos introductifs », in *Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence*, RLDA, 1^{er} juin 2013, suppl. au n° 83.

- « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD civ.*, 2013, p. 500.

- « Une loi qui en annonce une (d') autre (s) ? », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2015, p. 393.

- « La situation de faiblesse des contractants, objet de compétition entre les droits ? », *AJCA*, 2015, p. 193.

- « Franchir le Rubicon en 2016 ? », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2016, p. 1.

- « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115.

- « Cours à quatre mains sur « PME et droit de la concurrence » », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude LUCAS de LEYSSAC*, LexisNexis, 2018, p. 49 et s.

- « Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ? », *JCP E.*, n° 19, 9 mai 2019, actu. aff. 304, p. 9.

CHAIHLOUDJ (W.) :

- « La lutte contre le déséquilibre dans les contrats de la propriété intellectuelle. Regard prospectif après la réforme du droit civil des contrats », *RTD com.*, 2017, p. 527.

CHAMPAUD (C.) :

- « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français, *RTD com.*, 1979, p. 579.

CHANTEPIE (G.) :

- « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, n° 3, 2009, p. 1233.

- « La réforme en pratique. Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJCA*, n° 3, 2015, p. 121.

CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.) :

- « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.*, 2018, p. 309.

CHARLES (T.) :

- « Vers un volet « sous-traitance » dans une loi PACTE 2 ? », *AJ Contrat*, 2019, p. 339.

CHAZAL (J.-P.) :

- « Le consommateur existe-t-il ? », *D.*, 1997, chron., p. 260.

- « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 243 et s.

CHENEDE (F.) :

- « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2013, p. 155 et s.

- « Contrat », in *Hommage à Georges ROUHETTE*, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013, p. 25 et s.

- « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.*, 2015, p. 1226.

CHESSEL (M.-E.) :

- « Consommation : les « nouveautés » au regard de l'histoire », in *Protection des consommateurs, Les nouveaux enjeux du consumérisme*, D. ROUX et L. NABEC (coord.), préf. R. ROCHEFORT, p. 205.

CHEVALLIER (J.) :

- « Les droits du consommateur usager de services publics », *Dr. soc.*, 1975, p. 75 et s.

CHONE-GRIMALDI (A.-S.) :

- « Loi Egalim : un nouveau droit de la distribution des produits agricoles et alimentaires », *JCP E.*, n° 3, 2019, 1021.

CLAY (T.) :

- « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G.*, n° 48, 2016, doctr. 1295.

- « Arbitrage et impécuniosité », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 253 et s.

COMERT (M.) et FLAICHER-MANEVAL (E.) :

- « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du droit de la concurrence », in *Le droit de la concurrence dans les contrats d'affaires : Quelles contraintes ? Quelles opportunités ?*, *AJCA*, 2015, n° 3, p. 106 et s.

CORNU (G.) :

- « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, p. 351.

COSTARGENT (J.-R.) parrainé par LEPAGE (G.) :

- « Le financement par un tiers comme réponse aux évolutions de l'arbitrage international », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles – Versailles University Arbitration Journal*, n° 1, oct. 2012, 2.

COURET (A.) :

- « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », *Rev. soc.*, 2018, p. 639.

COURET (A.) et DONDERO (B.) :

- « La loi Warsmann II relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives – aspects de droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2012, p. 441.

COUTURIER (G.) :

- « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, n° 15-16, 2000, p. 880.

CRAMIER (P.) :

- « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (1^{re} partie) », *LPA*, 12 juin 2000, n° 116, p. 4.

- « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (2^e partie) », *LPA*, 13 juin 2000, n° 117, p. 4.

- « Essai de la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (suite et fin) », *LPA*, 14 juin 2000, n° 118, p. 7.

DECOCQ (G.) :

- « Refonte des pratiques restrictives de concurrence – Refonte », *CCC*, n° 6, 2019, repère 6.

DE LA ASUNCION-PLANES (K.) :

- « La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? », *LPA*, 2010, n° 44, p. 3.

DEFFERRARD (F.) :

- « Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère », *D.*, 1999, p. 364.

DEGUERGUE (M.) :

- « La sanction des manquements à la déontologie », *RDSS*, 2018, 161.

DELEBECQUE (Ph.) :

- « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *Gaz. Pal.*, 1997, 2, p. 1184.

DELPECH (X.) :

- « Le nouveau droit de la vente de voyages et de séjours touristiques », *D. actu.*, 14 sept. 2009.
- « Un vent de modernité sur le droit des contrats », *AJCA*, n° 3, 2015, p. 119.
- « Une nouvelle définition pour le non-professionnel », *AJ Contrat*, 2017, p. 100.
- « Une action en responsabilité pour prix abusivement bas en matière de produits agricoles », *AJ Contrat*, 2019, p. 204.
- « Petites et moyennes entreprises (définition des seuils) : publication du décret », *D.*, 2019, p. 1168.

DELPECH (X.), PASTOR (J.-M.) et ROUQUET (Y.) :

- « Présentation du projet de loi sur l'artisanat, le commerce et les très petites entreprises », *D. actu.*, 2 sept. 2013.
- « Projet de loi « artisanat, commerce et TPE » : les apports du Sénat », *D. actu.*, 30 avr. 2014.
- « Le projet de loi « artisanat, commerce et TPE » est voté », *D. actu.*, 30 mai 2014.

DELVOVE (P.) :

- « La loi *PACTE* et l'entreprise », *RFDA*, 2019, p. 589.

DETRAZ (S.) :

- « Les pouvoirs de l'Administration chargée de la concurrence et de la consommation et les sanctions », *LPA*, n° 128, 27 juin 2014, p. 22 et s.

DIDIER (P.) :

- « Une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 849 et s.

DIENER (P.) :

- « Éthique et droit des affaires », *D.*, 1993, p. 17.

DION (N.) :

- « Le juge et le désir du juste », *D.*, 1999, p. 195.

DOROY (F.) :

- « La vérité sur le faux travail indépendant », *Droit social*, 1995, p. 638.

DUBUISSON (E.) et GERMAIN (M.) :

- « Pourquoi recourir au régime de l'EIRL ? », in *Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, F. TERRE (dir.), LexisNexis, Droit 360°, 2011, p. 11 et s.

DURAND (P.) :

- « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 1947, tome III, p. 45.
- « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, p. 437.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.) :

- « Droits fondamentaux et interprétation du contrat, Regard du Juge constitutionnel », in *Contrats et Droits fondamentaux*, PUAM, 2011, D. COSTA et A. PELISSIER (dir.), p. 107 et s.

EISENMANN (Ch.) :

- « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. Droit*, 1966, p. 25 et s.

FABRE (A.) et ESCANDE-VARNIOL (M.-C.) :

- « Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? », *Rev. trav.*, 2017, p. 166.

FABRE-MAGNAN (M.) :

- « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, p. 301 et s.
- « Nouvel agenda pour la justice sociale en droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 435 et s.

FAGES (B.) :

- « Les conventions portant sur la garantie », in *La transposition en droit français de la directive européenne du 25 mai 1999 relative à la vente*, G. VINEY (dir.), *Cah. dr. entr.*, 2003, n° 1, p. 23.
- « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D.*, 2003, p. 2386.

FAGES (B.) et MESTRE (J.) :

- « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.*, 1998, p. 71 et s.

FARJAT (G.) :

- « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques, Études offertes à Berthold GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 47 et s.
- « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », *RTD civ.*, 2002, p. 221.

FAUVARQUE-COSSON (B.) :

- « Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : nouvelles perspectives, nouveaux enjeux », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 737 et s.
- « Pour penser autrement ce qui est : l'importance des notions dans l'œuvre de Georges Rouhette », in *Hommage à Georges ROUHETTE*, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013, p. 21.
- « L'entreprise, le droit des contrats et la lutte contre le changement climatique », *D.*, 2016, p. 324.

FERRE (D.) et LACRESSE (A.) :

- « Le contentieux de la concurrence dans les contrats d'affaires : Quelles stratégies ? », in *Le droit de la concurrence dans les contrats d'affaires : Quelles contraintes ? Quelles opportunités ?*, *AJCA*, 2015, n° 3, p. 109 et s.

FERRIER (D.) :

- « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *D.*, 1980, chron., p. 177 et s.
- « Loi du 17 mars 2014 « relative à la consommation »... et pour un encadrement renforcé des relations entre professionnels », *D.*, 2014, p. 889.

FIECHTER-BOULVARD (F.) :

- « Rapport de synthèse », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 322 et s.

FLOUR (J.) :

- « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à G. Ripert*, tome I, LGDJ, 1950, p. 93.

FONTAINE (M.) :

- « Rapport de Synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 650.

FORTUNATO (A.) :

- « La protection des personnes morales contre les clauses abusives », *AJ Contrat*, 2017, p. 25.

FOSSIER (Th.) :

- « La procédure civile et les personnes vulnérables », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 265 et s.

FOYER (J.) :

- « Exploitation agricole et entreprise agricole : du droit rural au droit commercial », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 271 et s.

- « Loi EGALIM : présentation générale », *Droit rural*, n° 472, 2019, dossier 18.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

- « L'état, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence », *LPA*, 17 mai 1995, n° 59, p. 4.

- « Va-t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *CCC*, 1996, comm. n° 92.

GANDOLFI (G.) :

- « Pour un Code européen des contrats », *RTD civ.*, 1992, p. 707.

GAUDEMET (S.) :

- « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, *CCC*, 2016, dossier 5.

GENICON (T.) et MAZEAUD (D.) :

- « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 1^{er} oct. 2012, n° 4, p. 1469.

GHESTIN (J.) :

- « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. I, p. 1 et s.

GIAUME (Ch.) :

- « Le non-professionnel est-il un consommateur ? », *LPA*, 23 juill. 1990, p. 25.

GICQUIAUD (E.) :

- « Le consommateur-vendeur », *D.*, 2014, p. 559.

GODON (L.) :

- « La simplification du droit des affaires ? Le cas de l'entreprise individuelle », in *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, D. BERT, M. CHAGNY et A. CONSTANTIN (dir.), préf. J.-L. DEBRE, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2015, p. 163 et s.

GOMES (B.) :

- « Constitutionnalité de la « charte sociale » des plateformes de « mise en relation » : censure subtile, effets majeurs », *Rev. trav.*, 2020, p. 42.

GRATALOUP (S.) :

- « La vulnérabilité de la règle de droit », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. COHET-CORDEY (dir. et coord.), PUG, 2000, p. 33 et s.

GRIMALDI (C.) :

- « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », *D.*, 2019, p. 388.

GRIMONPREZ (B.) :

- « La vulnérabilité des distributeurs économiquement dépendants », *in Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, F. ROUVIERE (dir.), Bruylant Bruxelles, 2010, p. 318 et s.

- « Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation – À propos de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture », *CCC*, n° 11, nov. 2010, étude 12.

GRYNBAUM (L.) :

- « De l'art de la mesure dans la protection du consentement », *RDC*, n° 3, 2007, p. 973.

GUEVEL (D.) :

- « Un nouveau statut pour l'entreprise ? », *D.*, 2018, p. 161.

- « L'encouragement légal de l'irresponsabilité entrepreneuriale », *D.*, 2019, p. 2345.

GUTMANN (D.) :

- « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *in L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Tome 44, 2000, p. 115 et s.

- « La « taxe GAFA » : quelques éléments d'analyse », *D.*, 2019, entretien, p. 1704.

HALPERIN (J.-L.) :

- « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.*, 1997, 2, p. 1176.

HUET (J.) :

- « Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, Journées Nationales, LGDJ, Tome I/ Lille – 1996, p. 11.

- « Introduction », *in Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 1 et s.

- « L'existence d'un devoir de conseil du banquier », *D.*, 2013, p. 2921.

IDOT (L.) :

- « La protection par le droit de la concurrence », *in Les clauses abusives entre professionnels*, Paris : Economica, Collection Etudes juridiques, 1998, p. 55 et s.

- « La notion d'entreprise », *Rev. soc.*, 2001, p. 191.

- « Règlement d'exemption sur les accords verticaux », *Europe*, n° 6, 2010, comm. 212.

- « Aperçu du nouveau régime des accords verticaux », *Europe*, n° 7, 2010, étude 8.

JAMIN (C.) :

- « Typologie des théories juridiques de l'abus », *Revue concurrence et consommation*, 1996, n° 92, p. 7.
- « Un droit européen des contrats ? », in *Le droit privé européen*, P. VAREILLES-SOMMIERES (dir.), Colloque des 30 janvier et 1^{er} février 1997, Etudes juridiques, Economica, 1998, p. 40.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.

JARROSSON (Ch.) :

- « La clause compromissoire (art. 2061 C. civ.) », *Rev. arb.*, 1992, 259.

JEANCLOS (Y.) :

- « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », in *Hommages à Gérard BOULVERT*, Université de Nice, 1987, p. 333 et s.

JEANTET (F.) :

- « La politique économique des droits français et communautaire de la concurrence », *RJ com.*, n° spécial, Colloque de DEAUVILLE, 13 et 14 juin 1987, *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, nov. 1987, p. 82 et s.

JESTAZ (Ph.) :

- « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et s.
- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, p. 197.

JOSSERAND (L.) :

- « La personne humaine dans le commerce juridique », *D. H.*, 1932, chron., n° 1, p. 1.
- « La protection des faibles par le droit », in *Evolutions et actualités, conférence de droit civil*, Paris Recueil Sirey, 1936, p. 160.
- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 1.
- « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D. H.*, 1937, Chron., p. 1.
- « Un ordre juridique nouveau », *D. H.*, 1937, Chron., p. 41.
- « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *D. H.*, 1939, Chron., p. 29.
- « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *D. H.*, 1940, Chron., p. 5.
- « Le contrat dirigé », *D. H.*, 1933, Chron., p. 89.

- « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Mélanges H. CAPITANT ou Etude de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, 1939, p. 369 et s.

JOURDAIN (P.) :

- « L'obligation de sécurité (À propos de quelques arrêts récents) », *Gaz. Pal.*, 1993, 2, p. 1171.

JULIEN (J.) :

- « La protection du professionnel par le droit de la consommation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 553 et s.

JULIEN (M.) et MAZUYER (E.) :

- « Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques », *Rev. trav.*, 2018, p. 189.

JULIENNE (F.) :

- « Une prescription abrégée du droit de la consommation rationalisée ? », *CCC*, n° 5, mai 2018, étude 8.

KARIMI (A.) :

- « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP G.*, n° 13, 1996, doct. 3918.

KESSEDJIAN (C.) :

- « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 601 et s.

KILGUS (N.) :

- « Codification du nouveau code de la consommation », *D. actu*, 24 mars 2016.

LACHIEZE (C.) :

- « Allègement de la responsabilité des agents de voyage. À propos de la loi du 22 juillet 2009 », *JCP G.*, n° 41, 2009, 303.

LAFAILLE (F.) :

- « Le juge (préssumé) innocent et la (présumée) bonne administration de la justice », *D.*, 2019, édito, p. 1385.

LAGARDE (X.) :

- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G.*, n° 40, 1999, I, doct. 170.

LAMOUREUX (M.) :

- « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, 2006, p. 2848.

LANDO (O.) :

- « The common European Sales Law : Social justice or social dumping ? », *RDC*, 1^{er} janv. 2012, n° 1, p. 213.

LARONDE-CLEREC (C.) :

- « Le renforcement de la répression », *in Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, L. ARCELIN-LECUYER (dir.), *PUR*, 2015, p. 81 et s.

LAVAL-MADER (N.) :

- « Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ? », *AJDA*, 2009, p. 1230.

LEAUTE (J.) :

- « Les contrats-types », *RTD civ.*, 1953, p. 429 et s.

LEBEL (C.) :

- « Premières applications du rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juill. 2016, étude 13.

LE CORRE (P.-M.) :

- « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté. Dispositions générales », *D.*, 2014, p. 733.

LE GAC-PECH (S.) :

- « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 2007, n° 242, p. 7 et s.

- « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC*, n° 97, 1^{er} oct. 2012.

- « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.*, 2014, p. 581.

- « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA*, n° 162-163, 2016, p. 7.

LEGRAND (V.) :

- « EIRL : nouvelle réforme de la loi PACTE », *LPA*, 28 mai 2019, p. 8.

LEGRAND (V.) et BAZIN-BEUST (D.) :

- « Droit de la consommation/droit des contrats : le bilan 20 ans après », *LPA*, 15 avr. 2015, n° 75, p. 4.

LE NABASQUE (H.) :

- « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires. Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.*, 1999, p. 273.

LEPAGE (A.) :

- « Les paradoxes du formalisme informatif », *in Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, 2004, p. 609 et s.

LEQUETTE (S.) :

- « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, chron., p. 1148 et s.

LEQUETTE (Y.) :

- « De l'efficacité des clauses de hardship », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica, 2010, p. 267 et s.

LE TOURNEAU (Ph.) :

- « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.*, 1987, chron., p. 101.

- « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.*, 1990, p. 21.

- « Rapport d'ouverture », in *La responsabilité professionnelle : une spécificité réelle ou apparente*, *LPA*, n° 137, 11 juill. 2001, p. 4.

- « Les critères de la qualité de professionnel », *LPA*, 12 sept. 2005, n° 181, p. 4.

LE TOURNEAU (Ph.) et JULIEN (J.) :

- « Retour sur la responsabilité professionnelle », in *Ecrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, 2015, p. 489 et s.

LEVENEUR (L.) :

- « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées nationales Association Henri CAPITANT, LGDJ, 1997, p. 155 et s.

- « Le forçage du contrat », *Dr. et Patr.*, mars 1998, n° 58, p. 69 et s.

- « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 81 et s.

LICARI (Fr.-X.) :

- « Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses « déraisonnables » ou « abusives » dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes », *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 655 et s.

LOIR (R.) :

- « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *JCP E.*, n° 27-28, 2016, 1402.

- « Définition du consommateur : tout n'est pas parfaitement clair ! », *JCP E.*, n° 50, 15 décembre 2016, 1671.

LOISEAU (G.) :

- « Les obligations d'information des intermédiaires du commerce électronique », *CCE*, oct. 2015, comm. 78.
- « La consécration de la violence économique », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, STOFFEL-MUNCK (Ph.) (dir.), Dalloz, 2015, p. 33 et s.
- « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJCA*, 2015, Dossier, p. 496.
- « À la rencontre du non-professionnel », *D.*, 2016, p. 1844.
- « Nouvelles dispositions relatives à la transaction et à la convention d'arbitrage », *CCE*, n° 1, janv. 2017, comm. 4.

LUCAS (Fr.-X.) :

- « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, n° 2, mars 2014, p. 111.

LUCAS DE LEYSSAC (Cl.) :

- « L'obligation de renseignements dans les contrats », *in L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation*, Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE (dir.), préf. Y. LOUSSOUARN, Paris, LGDJ, 1978, p. 305 et s.

MAINGUY (D.) :

- « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *in Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 165 et s.
- « Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur (Après la transposition de la directive du 25 mai 1999 par l'ordonnance du 17 février 2005), *JCP E.*, n° 17, avr. 2005, 630.

MAISONNEUVE (C.) :

- « Approche historique du droit européen des contrats », *in Le livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »*, *Contributions du LEJEP*, O. DESHAYES (dir.), Collection LEJEP, Lextenso, 2011, p. 27.

MALAURIE (Ph.) :

- « Le consommateur », *Rapport de synthèse in 81^{ème} Congrès des notaires, Rép. Défrenois*, 1985, p. 1040.
- « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^{ème} siècle », *in Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz, Litec, 1999, p. 187 et s.

- « Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP G.*, 2002, I, 110.

- « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois*, n° 4, 28 févr. 2006, p. 316 et s.

MALAURIE-VIGNAL (M.) :

- « L'article L. 442-6 du Code du commerce, une disposition restée lettre morte ? », *CCC*, n° 6, juin 2006, étude 10.

- « Comment sanctionner le comportement opportuniste d'un contractant ? – Une rencontre opportune entre analyse économique et analyse juridique », *CCC*, n° 1, janv. 2019, repère 1.

MALEVILLE (M.-H.) :

- « Réflexions sur l'activité du professionnel : une avancée dans la conception extensive du professionnel », *in chronique de droit de l'activité professionnelle n° V (1^{ère} partie)*, *LPA*, 24 avr. 2002, n° 82, p. 9.

MALINVAUD (Ph.) :

- « La protection des consommateurs », *D.*, 1981, chron., p. 49.

MALLET-BRICOUT (B.) :

- « EIRL et loi PACTE, ou l'insoutenable politique des correctifs législatifs (Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises) », *RTD civ.*, 2019, p. 665.

MARGUENAUD (J.-P.) :

- « Droits fondamentaux et interprétation du contrat, Regards sur les juges », *in Contrats et Droits fondamentaux*, PUAM, 2011, D. COSTA et A. PELISSIER (dir.), p. 113 et s.

MARTIN (R.) :

- « Le devoir de conseil de l'architecte en matière juridique », *JCP*, 1972, I., 2493.

- « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, p. 785.

- « Le consommateur abusif », *D.*, 1987, chron., p. 150.

MÄSCH (G.) :

- « La protection contre la rupture des relations commerciales – La perspective allemande », *in Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 163 et s.

MATHEY (N.) :

- « La rupture des relations commerciales établies », *AJ Contrat*, 2019, p. 66.

- « Egalim : contractualisation des relations commerciales agricoles », *CCC*, n° 2, févr. 2019, comm. 25.

MAUME (F.) :

- « L'avenir de la notion de non-professionnel en droit de la consommation », *CCC*, 2016, n° 4, étude 5.

MAZEAUD (D.) :

- « L'attraction du droit de la consommation », *in Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD Com.*, 1998, n° 16, p. 95.

- « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 1998, n° 54, p. 8.

- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 603 et s.

- « La formation du contrat », *in Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), éd. Economica, 2002, p. 87 et s.

- « La cause », *in : 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 451.

- « Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ? », *in Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, 2004, p. 697.

- « Faut-il avoir peur du droit européen des contrats ? », *in Mélanges Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 309.

- « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple « illégitime » », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 235 et s.

- « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », *in Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 325 et s.

- « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres... », *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 517.

- « Les professionnels sont-ils des consommateurs comme les autres (Acte II) ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. MARTIN*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 451.

- « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, chron., p. 291.

- « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, n° 2, 2016, p. 353.

MAZEAUD (D.) et GENICON (T.) :

- « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 1^{er} janv. 2012, n° 1, p. 276 et s.

MAZEAUD (H.) :

- « La législation commerciale interne », *Revue d'économie politique*, vol. 40, n° 2, 1926, p. 427 et s.

MELMOUX (P.) et POITEVIN (C.) :

- « Les garanties financières dans la sous-traitance », *Actes Pratiques et Ingénierie Immobilière*, n° 3, juill. 2016, dossier 27.

MERCADAL (B.) :

- « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean DERRUPE*, GLN Joly éditions, Litec, 1991, p. 9 et s.

MESTRE (J.) :

- « Des notions de consommateurs », *RTD civ.*, 1989, p. 62.

- « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249 et s.

- « Transparence et droit des contrats », in *La transparence*, Cl. LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *RJC*, numéro spécial, nov. 1993, n° 11, p. 77.

- « À l'avant-garde du droit des obligations : les contrats des commerçants », in *1807-2007 Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, sous l'égide de la Cour de cassation et du Centre Sorbonne-Affaires de l'Institut André Tunc de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Dalloz, 2007, p. 153 et s.

- « Rupture des contrats : la force d'attraction de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce », *RLDC*, 2013, suppl. au n° 110, étude 6.

- « Le bonheur contractuel ! », *AJCA*, 2016, p. 105.

MEUNIER (G.) :

- « Droit des contrats : les enjeux d'une réforme ! », *D.*, 2016, entretien, p. 416.

MITCHELL (M.-C.) et DELANNOY (T.) :

- « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJCA*, 2015, Dossier, p. 504.

MOLFESSIS (N.) :

- « Le Code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 et s.

- « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 927.

MONEGER (J.) :

- « Réforme des baux commerciaux : vers une réforme consensuelle *a minima* », *RTD com.*, 2005, p. 253.

MORDEFROY (L.) :

- « La vulnérabilité du fournisseur », in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, F. ROUVIERE (dir.), Bruylant Bruxelles, 2010, p. 297 et s.

MOUSSERON (J.-M.) :

- « Rapport de synthèse », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Rapport de synthèse*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1990, p. 225.

NERON (S.) :

- « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, n° 38, 2018, doct. 1003.

NOGUERO (D.) :

- « La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation (1^{ère} partie) », *Gaz. Pal.*, n° 330, 26 nov. 2011, p. 6.

- « La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation (2^{nde} partie) », *Gaz. Pal.*, n° 98, 7 avr. 2012, p. 7.

NUSSENBAUM (M.) :

- « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *Gaz. Pal.*, n° 145, 24 mai 2012, p. 34.

OPPETIT (B.) :

- « Éthique et vie des affaires », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993, p. 327 et s.

- « Droit commun et droit européen des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311.

OURLIAC (P.) :

- « Le passé du « consumerism » », in *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, T. XXVII, 1979, p. 222 et s.

OUTIN-ADAM (A.) :

- « La loyauté dans le droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2000, n° 340, p. 36.

- « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », *AJCA*, 2015, n° 6, Edito, p. 241.

OUTIN-ADAM (A.) et REITA-TRAN (A.-M.) :

- « Regards des PME sur l'interdépendance du droit des contrats et du droit du marché : quelques observations », *RDC*, 1^{er} oct. 2006, n° 4, p. 1349.

PAILLUSSEAU (J.) :

- « Le droit commercial va-t-il disparaître ? », *D.*, 2019, édito, p. 2129.

- « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.*, 2018, chron., p. 1395 et s.

PAISANT (G.) :

- « Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation) », *JCP G.*, n° 9, 1993, I, doct. 3655.

- « À la recherche du consommateur. - Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du rapport direct », *JCP G.*, 2003, I, 121.

- « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation. Ordonnance du 17 février 2005 », *CCC*, n° 8-9, août 2005, étude 8.

- « Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers », in *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Centre du Droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2009, p. 1.

- « L'utilité et le caractère du droit de la consommation », in *Aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius, 2011, p. 19.

- « Les perspectives de la protection des droits des consommateurs », in *Aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius, 2011, p. 207.

- « Proposition d'un droit commun européen de la vente : la critique de la position de la Commission », in *Aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne : la protection du consommateur contractant*, Vilnius, Mykolo Romerio Universitetas, 2013, p. 161.

- « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G.*, n° 22, 2013, 589.

- « La protection des consommateurs en droit français : essai de bilan prospectif », n° 1, p. 335, in *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, J. L. TOMILLO URBAN (dir.), J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), Granada, 2014.

PAPPALARDO (A.) :

- « Les P.M.E. et le droit de la concurrence », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, p. 341.

PARLEANI (G.) :

- « Le « petit commerce » au début du XXI^e siècle », in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 621 et s.

- « Un droit des contrats qui fait tout pour qu'on le fuie », *AJ Contrat*, 2019, p. 149.

PAULHAC (C.) :

- « L'autorité de la concurrence publie son communiqué « transaction » », *CCC*, n° 4, avr. 2019, alerte 13.

PAYET (M.-S.) :

- « Puissance économique, droit de la concurrence et droits des contrats », *RDC*, 1^{er} oct. 2006, n° 4, p. 1338.

PENIN (O.) :

- « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *CCC*, n° 8-9, 2017, étude 9.

PICARD (M.) :

- « Droit interne de la concurrence », *Revue juridique de l'entreprise publique*, n° 597, avr. 2003, chron. 100062.

PIEDELIEVRE (S.) :

- « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », *JCP E.*, n° 14, 2014, 1176.

- « Nouveau droit de la consommation et définition du « non-professionnel » », *JCP N.*, n° 18, 2016, act. 575.

PILLET (G.) :

- « L'efficacité du droit français des contrats face aux géants de l'internet », *RTD com.*, 2018, p. 273.

PILLOT (A.-L.) :

- « Vulnérabilité et accès au droit », in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et de droit comparé*, F. ROUVIERE (dir.), Bruylant Bruxelles, 2010, p. 384 et s.

PIZZIO (J.-P.) :

- « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.*, 1982, chron. XIV, p. 91 et s.

POILLOT (E.) :

- « Influence du droit de l'Union européenne et primauté de la loyauté : une protection incidente du consommateur ? », *LPA*, n° 234, 24 nov. 2011, p. 34.

POLLAUD-DULIAN (F.) :

- « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.*, 1997, p. 349.

PRIETO (C.) :

- « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.*, 2006, p. 1603.

- « L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », *JCP G.*, n° 12, 2007, doct. 132.

PROD'HOMME (N.) :

- « Professionnel et consommateur : une loyauté réciproque ? », in *La loyauté en droits de la concurrence et de la consommation*, *LPA*, n° 234, numéro spécial, 24 nov. 2011, p. 29.

PUEL (F.) et REBEYROTTE (V.) :

- « Abus de puissance contractuelle et pratique anticoncurrentielle », *AJCA*, 2015, Dossier, p. 499.

PUTMAN (E.) :

- « Retour sur « le droit de ne pas payer ses dettes » », in *Memorian Georges Ripert* », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1994, n° 1, p. 109 et s.

RACINE (J.-B.) :

- « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA*, 2006, n° 63, p. 37.

- « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, p. 113.

RANDOUX (N.) :

- « Réflexions actuelles sur le formalisme », *JCP N.*, n° 42, oct. 2012, 1350.

RAYMOND (G.) :

- « Protection du consommateur – Directive consommateur n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 », *CCC*, n° 2, févr. 2012, étude 3.

- « Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation - Inventaire des mesures relatives au droit de la consommation », *JCP E.*, n° 12, 2014, act. 213.

REILLE (F.) :

- « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.*, n° 2, mars 2014, dossier 22.

REIS (P.) :

- « L'accès au marché des fournisseurs face au développement des marques de distributeurs », *CCC*, 2014, étude 6.

REMIEN (O.) :

- « La protection contre les retards de paiement et l'endettement excessif – La perspective allemande », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux*

instruments de droit privé, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 137 et s.

REMY (Ph.) :

- « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.

REMET (Th.) :

- « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, 2015, p. 1217.

- « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », *D.*, 2016, p. 1771.

- « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.*, 2018, p. 124.

- « À propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau code civil » », *D.*, 2019, p. 1011.

RIEM (F.) :

- « Loi EGalim : contrat, concentration, consommation ? », *CCC*, n° 2, 2019, alerte 6.

RIERA (A.) :

- « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *AJ Contrats*, 2017, Dossier, p. 155.

RIPERT (G.) :

- « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.H.*, 1936, p. 57.

- « Ébauche d'un droit civil professionnel », *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Librairie Dalloz Paris, 1939, p. 677.

RIVES-LANGE (J.-L.) :

- « Rapport de synthèse », in *Le devoir de loyauté en droit des affaires*, *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2000, n° 340, p. 81.

ROCHFELD (J.) :

- « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *études offertes à G. VINEY*, LGDJ, 2008, p. 835.

RODA (J.-Ch.) :

- « Vers une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique », *D.*, 2016, p. 1304.

- « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018, chron., p. 1504.

- « Affaire *Alstom-Siemens* : l'annonce d'une possible réforme des règles européennes de concurrence », *D.*, 2019, entretien, p. 808.

ROGUE (F.) :

- « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? », *D.*, 2018, p. 1559.

RONTCHEVSKY (N.) :

- « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJCA*, 2016, p. 112.

ROUHETTE (G.) :

- « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », *in Etudes offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 247 et s.

SACHS (K.) :

- « La protection de la partie faible en arbitrage », *Cah. arb.*, 2007/2, p. 22.

SAINTOURENS (B.) :

- « Des commerçants aux professionnels, de la justice commerciale à la justice économique », *in 1807-2007 Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, sous l'égide de la Cour de cassation et du Centre Sorbonne-Affaires de l'Institut André Tunc de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Dalloz, 2007, p. 171 et s.

- « Précisions législatives quant aux conditions requises pour l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.*, n° 2, mars 2017, comm. 19.

- « L'attractivité renforcée du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) à la suite de la loi « Pacte » du 22 mai 2019 (Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 7) », *RTD com.*, 2019, p. 602.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) :

- « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *RDC*, n° 3, 2014, p. 471.

- « Florilège de décisions et intervention du législateur sur la définition du non-professionnel », *RDC*, 2017, n° 1, p. 109.

- « Ratification de l'ordonnance de refonte du Code de la consommation », *RDC*, 2017, n° 3, p. 499.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) et AUBRY (H.) :

- « Recodification du droit de la consommation - A propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G.*, n° 14, 2016, 392.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) et BLOUD-REY (C.) :

- « Catégories de personnes et droit des contrats », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Etudes juridiques, Economica, 2006, p. 157.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.) :

- « La protection contre les retards de paiement et l'endettement excessif – La perspective française », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 147, spéc., p. 149 et s.

SAVATIER (J.) :

- « Contribution à une étude de la profession », *Dix ans de conférence d'agrégation : Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 3.

SAVATIER (R.) :

- « L'ordre public économique », *D.*, 1965, chron., p. 37.

- « La profession de conseil juridique », *D.*, 1969, chron., p. 145 et s.

- « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.*, 1972, chron., p. 137.

SCHMIDT (D.) :

- « La société et l'entreprise », *D.*, 2017, p. 2380.

SCHULZE (R.) :

- « Promotion et protection des PME – un défi pour le droit privé », in *Promotion et protection des PME : les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 11 et s.

SENECHAL (J.) :

- « Le contenu des contrats », in *Le droit commun européen de la vente - Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, O. DESHAYES (dir.), SLC, coll. TEE, 2012, p. 137.

SERLOOTEN (P.) :

- « Vers une responsabilité professionnelle ? », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 805 et s.

SINAY-CYTERMANN (A.) :

- « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP G.*, 1994, I, 3804.

SOURIOUX (J.-L.) :

- « La vie du mot « commerce » », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 53 et s.

STOFFEL-MUNCK (Ph.) :

- « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.*, 2012, p. 705.
- « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », in *Réforme du droit des contrats, Dr. et patr.*, 10/2014, p. 56.
- « Les enjeux majeurs de la réforme « Attractivité, Sécurité, Justice » », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, STOFFEL-MUNCK (Ph.) (dir.), Dalloz, 2015, p. 17 et s.

SYNVET (H.) :

- « L'internationalisation du droit des affaires », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), éd. Dalloz, 2007, p. 727 et s.

TALLON (D.) :

- « Vers un droit européen du contrat ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 485.

TCHENDJOU (M.) :

- « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », *JCP G.*, n° 24, 11 juin 2004, doct. 141.

TESTU (F.-X.) :

- « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995) », *D. aff.*, 1996, p. 372.

THERON (J.) :

- « Améliorer et simplifier la procédure civile. Comment regagner la confiance des justiciables ? », *JCP G.*, n° 9-10, 2018, 237.
- « « Less is more », Esquisse d'une nouvelle procédure civile minimaliste. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 », *JCP G.*, n° 18, 2019, doct. 495.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.) :

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357.

TISSEYRE (S.) :

- « L'extension normative du droit de la consommation », in *Dossier « À qui profite le droit ? »*, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, La Revue, Centre Michel de L'Hospital, n° 11, juin 2017, p. 66 et s.

TUNC (A.) :

- « Ébauche du droit des contrats professionnels », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à G. Ripert*, tome II, LGDJ, 1950, p. 136.

USUNIER (L.) :

- « Nouvelle donne européenne pour les consommateurs », *RTD civ.*, 2018, p. 854.

VALLANSAN (J.) :

- « Modifications du statut des juges consulaires », *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2016, comm. 168.

VASSEUR (M.) :

- « L'entreprise et l'argent », *D.*, 1982, chron., p. 11.

VOGEL (L.) :

- « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », *AJCA*, 2016, p. 309.

- « La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 855 et s.

VOGEL (L. et J.) :

- « Est-il opportun d'assouplir l'abus de dépendance économique ? », *AJCA*, 2016, p. 260.

- « La réforme du droit des relations commerciales par la loi EGalim », *AJ Contrat*, 2018, p. 510.

VOINOT (D.) :

- « Les petits professionnels », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure FRANÇOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 565.

VINEY (G.) :

- « Rapport de synthèse », in *La responsabilité professionnelle : spécificité réelle ou apparente*, *LPA*, n° 137, 11 juill. 2001, p. 95.

- « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), LGDJ, 2001, p. 167 et s.

VIRASSAMY (G.) :

- « Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels (art. 36 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986) », *D.*, 1988, chron. XVII, p. 113.

WHITTAKER (S.) :

- « Contrats, droit des contrats et principes contractuels », in *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, SLC, vol. 29, 2018, p. 43 et s.

WICKER (G.) :

- « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises, les nouveaux instruments de droit privé*, G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKER (dir.), Berlin : LIT, 2013, p. 47 et s.

WITZ (C.) :

- « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.*, 2000, p. 79.

ZENNER (A.) :

- « Les P.M.E. dans leurs relations avec les grandes firmes », in *Les PME dans les Systèmes économiques contemporains : Nice 24-25 janvier 1985*, ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Bruxelles, Paris, éd. Universitaires, 1986, spéc. p. 176.

IV – NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS, RAPPORTS

AMRANI-MEKKI (S.) :

- obs. sous Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 : *Bull. civ. IV*, n° 21 ; *D.*, 2005, pan., p. 2841.

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : *JurisData* n° 2007-037041 ; *D.*, 2007, pan., p. 2966.

AMRANI-MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 ; *Bull. civ. I*, n° 135 ; *D.*, 2005, pan., p. 2836.

- obs. sous Cass. ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 ; *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *D.*, 2010, p. 224.

AMRANI-MEKKI (S.) et MEKKI (M.) :

- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *D.*, 2014, p. 630.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 2014, n° 13-19.729 ; *D.*, 2015, p. 529.

ANTONIUTTI (A.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 2018, n° 17-11.329 ; *AJDI*, 2018, p. 520.

ARCELIN (L.) :

- obs. sous CA Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 15 mai 2014, n° 12/06498 ; *AJCA*, 2014, p. 233.

AUBERT (J.-L.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1987, n° 85-13.674, JurisData n° 1987-000971 ; *Bull. civ.* 1987, I, n° 134, *D.*, 1987, jurispr., p. 455.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 juill. 1996, n° 94-14.662 ; *Bull. civ.* I, n° 331, p. 231 ; *Defrénois*, 1997, p. 346.

AUBERT de VINCELLES (C.) :

- obs. sous CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *Maximilian Schrems c/ Facebook Ireland Limited* ; *CCC*, n° 5, mai 2019, chron. 3.

AUBRY (H.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2017, n° 16-14.157 ; *D.*, 2018, pan., p. 583.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319 ; *D.*, 2019, pan., p. 607.

- obs. sous CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova* ; *D.*, 2019, pan., p. 607.

- obs. sous CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *Maximilian Schrems c/ Facebook Ireland Limited* ; *D.*, 2019, pan., p. 607.

AUBRY (H.), E. POILLOT (E.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) :

- obs. sous CJUE, 3 sept. 2015, aff. C-110/14, *Costea c/ SC Volsbank România (Sté)* ; JurisData n° 2015-020959 ; *D.*, 2016, pan., p. 617.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, n° 15-18.858 ; *D.*, 2017, p. 539.

AUGAGNEUR (L.-M.) :

- obs. sous CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 385.

AVENA-ROBARDET (V.) :

- obs. sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 ; *Bull. ch. mixte* n° 7 ; *D.*, 2007, p. 1950.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 : *D. actu.*, 22 juin 2016.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2016, n° 15-14.689 : JurisData n° 2016-001528 ; *Bull. civ.* I, n° 907 ; *D.*, 2016, p. 372.

AYNES (L.) :

- note sous Cass. ass. plé., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 91-15.999, n° 93-13.688 ; *D.*, 1996, p. 13.

BAKOUCHE (D.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285, JurisData n° 2005-027573 ; *Bull. civ.* 2005, I, n° 335, *JCP E.*, 2005, 769.

BALAT (N.) :

- obs. sous Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079 ; *D.*, 2018, p. 2409.

BANDRAC (M.) :

- note sous Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761 ; *Bull. civ.* IV, n° 143 ; *D.*, 2008, p. 3046.

BARBIER (H.) :

- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *RTD civ.*, 2013, p. 597.

- obs. sous Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-27.703 ; *D.*, 2014, p. 364 ; *RTD civ.*, 2014, p. 361.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 2014, n° 13-19.729 ; *RTD civ.*, 2015, p. 121.

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *RTD civ.*, 2017, p. 383.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ.* I ; *RTD civ.*, 2017, p. 394.

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 2018, n° 17-11.329 ; *RTD civ.*, 2018, p. 408.

- obs. sous Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749, QPC, *JORF* n° 278 du 1^{er} déc. 2018, texte n° 83 ; *RTD civ.*, 2019, p. 92.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2019, n° 17-20.463 ; *Bull. civ.* I, n° 136 ; *RTD civ.*, 2019, p. 324.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : JurisData n° 2019-003724 ; *RTD civ.*, 2019, p. 334.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) :

- obs. sous Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 ; *Bull. civ.* IV, n° 21 ; *RDC*, 2005, p. 771.

- obs. sous Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-10.731 et n° 08-10.732 ; *RDC*, n° 2, 2009, p. 649.

- note sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *RLC*, 2011, n° 27, p. 41.

- obs. sous Aut. conc., décision n° 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais ; *RDC*, 2015, p. 565.

- obs. sous Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013 ; *RDC*, 2017, p. 81.

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *JCP G.*, 2017, 436.

- note sous Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749, QPC, *JORF* n° 278 du 1^{er} déc. 2018, texte n° 83 ; *JCP E.*, 2018, 1638.

BEN HADJ YAHIA (S.) :

- étude sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : JurisData n° 2007-037041 ; *RLDC*, 2008/45, n° 2838.

BENSAUDE (D.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2016, n° 15-19.389 ; *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2016, p. 36.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ. I* ; *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2017, p. 28.

- obs. sous CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 11 sept. 2018, n° 16/19913 ; *Gaz. Pal.*, 6 nov. 2018, p. 25.

BERNHEIM-DESVAUX (S.) :

- obs. sous CJUE, 4^e ch., 3 sept. 2015, aff. C-110/14, *Horatiu Ovidiu Costea c/ SC Volksbank România SA* ; JurisData n° 2015-020959, CCC, n° 1, janv. 2016, comm. 21.

- obs. sous CA METZ, 15 déc. 2015, n° 15/00752 et n° 14/01227 ; JurisData n° 2015-029241 ; CCC, n° 3, 2016, comm. 76.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2016, n° 15-14.689 ; JurisData n° 2016-001528 ; *Bull. civ. I*, n° 907 ; CCC, n° 4, 2016, comm. 104.

- obs. sous Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146 ; *Bull. civ.* 2016, n° 845, IV, n° 974 ; CCC, n° 5, 2016, comm. 129.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-17.369 ; CCC, 2016, n° 8-9, comm. 200.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 ; CCC, 2016, n° 8-9, comm. 201.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, n° 15-18.858 ; CCC, 2016, comm. 270.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.621 ; CCC, 2017, n° 1, comm. 22.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 2017, n° 16-10.007 ; JurisData n° 2017-005677 ; CCC, n° 6, 2017, comm. 137.

- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 26 oct. 2017, n° 16-23.599 ; JurisData n° 2017-021034 ; CCC, n° 1, 2018, comm. 18.

- obs. sous CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *Maximilian Schrems c/ Facebook Ireland Limited* ; CCC, 2018, comm. 59.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2018, n° 17-16.519 et n° 17-16.520 ; CCC, 2018, n° 8-9, comm. 164.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319 ; CCC, n° 11, 2018, comm. 196.

- note sous CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova* ; CCC, 2018, comm. 206.

- note sous CA Amiens, 1^{ère} ch. civ., 11 déc. 2018, n° 17/00571 ; JurisData n° 2018-022572 ; CCC, n° 3, 2019, comm. 55.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 ; JurisData n° 2019-003724 ; CCC, n° 6, 2019, comm. 112.

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 2019, n° 18-23.259 ; CCC, n° 1, 2020, comm. 13.

BIGOT DE LA TOUANNE (S.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 ; JurisData n° 2007-037041 ; *AJDI*, 2007, p. 416.

BILLIAU (M.) :

- note sous Cass. ass. plé., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 ; *JCP*, 2006, II, 10181.

BLATTER (J.-P.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 2018, n° 17-11.329 ; *AJDI*, 2018, p. 601.

BLOCH (L.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2016, n° 15-17.033 et n° 15-17.516 ; *RCA*, 2016, p. 342.

BOLLEE (S.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ. I* ; *JCP G.*, 2017, 339.

BOLZE (C.) :

- obs. sous CJCE, 6^e ch., 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH* ; Rec. CJCE, 1991, I, p. 1979 ; *RTD com.*, 1991, p. 512 et p. 524.

BOMBARDIER (J.) :

- obs. sous Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-19.589 ; *RD rur.*, 2016, comm. 50.

BOREL (J.-P.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2018, n° 16-20.419 ; *AJDI*, 2019, p. 228.

BOTREL (E.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2019, n° 18-24.381 ; *D. actu.*, 16 janv. 2020.

BOUIX (C.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 ; *LPA*, 20 oct. 2016, n° 210, p. 10.

BOUJEKA (A.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 ; *Bull. civ. I*, n° 135 ; JurisData n° 2005-027573 ; *D.*, 2005, p. 1948.

BOULOC (B.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.726 ; *Bull. civ. I*, n° 4 ; *RTD com.*, 1993, p. 706.

- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261, p. 223 ; *RTD com.*, 1997, p. 319.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997, n° 95-19.136 ; *Bull. civ.*, I, n° 288 ; *RTD com.*, 1998, p. 410.

- obs. sous Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 ; *Bull. civ. IV*, n° 21 ; *RTD com.*, 2005, p. 825.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 ; *Bull. civ. I*, n° 135 ; *RTD com.*, 2006, p. 182.

- obs. sous Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14.832 : JurisData n° 2007-039240 ; *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *RTD com.*, 2008, p. 174.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, n° 05-12.551 ; *Bull. civ. I*, n° 76 ; *RTD com.*, 2008, p. 843.

- obs. sous Cass. ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 ; *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *RTD com.*, 2009, p. 434.

- obs. sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *RTD com.*, 2011, p. 655.

BREDIN (J.-D.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963 ; *Bull. civ. I*, n° 246 ; *JDI*, 1964, p. 83.

BREMOND (V.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 : *D.*, 2016, p. 2086.

BRETON (A.) :

- note sous Cass. civ., 20 mai 1936 ; *S.*, 1937, I, p. 321.

BRUN (Ph.) et GOUT (O.) :

- obs. sous Cass. ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 ; *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *D.*, 2010, p. 49.

BRUN (Ph.) et JOURDAIN (P.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, n° 05-12.551 ; *Bull. civ. I*, n° 76 ; *D.*, 2008, p. 2894.

BRUSCHI (M.) :

- note sous Cass., 1^{ère} civ. 27 sept. 2005, n° 02-13.935 ; *RDC*, 2006, n° 2, p. 359.

BUCHER (C.-E.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2019, n° 18-13.840 ; *AJ Contrat*, 2020, p. 27.

BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.) :

- note sous Cass. ass. plé., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 91-15.999, n° 93-13.688 ; *LPA*, 27 déc. 1995, p. 11.

BURGARD (M.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2010, n° 09-16.913 ; *Bull. civ. I*, n° 215 ; *LPA*, n° 27, 8 févr. 2011, p. 11.

BUY (F.) :

- note sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *JCP G.*, n° 24, 2013, 673.

- obs. sous Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013 ; *Concurrences*, n° 1-2017, p. 122.

- note sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *D.*, 2017, p. 481.
- note sous Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-23.552 et n° 15-27.703 ; *JCP G.*, n° 40, 2017, 1021.
- obs. sous Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-18.864 ; *Concurrences*, n° 1-2018, p. 113.
- obs. sous CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; *Concurrences*, n° 4-2018, p. 132.
- obs. sous Cass. com., 11 oct. 2018, n° 17-23.211 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 531.

BUY (F.) et RODA (J.-C.) :

- note sous Tribunal de commerce Paris, 1^{ère} ch., 2 sept. 2019, n° 2017/050625 ; *AJ Contrat*, 2019, p. 433.

CARON (C.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : JurisData n° 2011-001684 ; *CCE*, n° 4, 2011, comm. 32.

CARVAL (S.) :

- note sous Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14.832 : JurisData n° 2007-039240 ; *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *RDC*, 2007, p. 1144.
- note sous Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-15.555 ; *AJCA*, 2016, p. 155.

CASEAU-ROCHE (C.) :

- note sous Cass. 2^{ème} civ., 26 mars 2015, n° 14-15.013 et n° 14-11.599 : JurisData n° 2015-006375 et n° 2015-006376 ; *JCP G.*, n° 23, 2015, 649.

CATTALANO (G.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319 ; *LEDC*, n° 10, 13 nov. 2018, p. 4.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : JurisData n° 2019-003724 ; *RDC*, n° 3, 2019, p. 23.

CAVALIEROS (Ph.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ. I* ; *Lettre Chambre arbitrale intern. Paris*, avr. 2017, n° 13.

CAYOL (A.) :

- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 10 déc. 2015, n° 15-13.305 ; *D. actu.*, 4 janv. 2016.

CAZET (S.) :

- obs. sous CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova* ; *Europe*, 2018, comm. 487.

CENTRE DE DROIT DE LA CONCURRENCE YVES SERRA :

- obs. sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *D.*, 2011, p. 2961.
- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-13.013 ; *D.*, 2017, p. 2444.

CHAGNY (M.) :

- obs. sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *D.*, 2011, p. 392.
- obs. sous CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674 ; *RTD com.*, 2013, p. 500.
- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *RTD com.*, 2017, p. 593, 601, 603 et 606.
- obs. sous Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-18.864 ; *RTD com.*, 2018, p. 633.
- obs. sous Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-24.063 ; *RTD com.*, 2018, p. 635.

CHAUVEL (P.) :

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : JurisData n° 2007-037041 ; *Dr. et patr.*, 1/2008, 24.

CHAUVIN (P.) et CRETON (C.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ, 13 mars 2008, n° 05-12.551 ; *Bull. civ. I*, n° 76 ; *D.*, 2008, p. 2363.

CHAZAL (J.-P.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; *Bull. civ. I*, n° 169 ; *D.*, 2000, p. 879.
- note sous Cass., 1^{ère} civ. 3 avr. 2002, n° 00-12.932 ; *Bull. civ. I*, n° 108 ; *D.*, 2002, p. 1862.

CHENU (D.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avr. 2009, n° 08-10.070 ; *Bull. civ. III*, n° 71 ; *D.*, 2009, p. 1083.

CHEVRIER (E.) :

- obs. sous Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-14.529 ; *D.*, 2004, p. 874.
- obs. sous Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-13.453 ; *D.*, 2006, p. 783.
- obs. sous Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761 ; *Bull. civ. IV*, n° 143 ; *D.*, 2008, p. 2067.

CLAUDEL (E.) :

- obs. sous Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-14.529 ; *RTD com.*, 2004, p. 463.

CLAY (T.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2016, n° 15-19.389 ; *D.*, 2016, p. 2594.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ. I* ; *D.*, 2017, p. 2564.
- obs. sous CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 11 sept. 2018, n° 16/19913 ; *D.*, 2018, p. 2452.

COHEN (D.) :

- note sous Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ. 1996, IV*, n° 261, p. 223 ; *JCP*, 1997, II, 22881.

COMBET (M.) :

- obs. sous CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *Maximilian Schrems c/ Facebook Ireland Limited* ; *D.*, 2018, p. 371.

CONSTANTIN (A.) :

- obs. sous Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 ; *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *RTD com.*, 2012, p. 137.

CONSTANTIN (L.) :

- obs. sous CJUE, 14 nov. 2017, aff. C-671/15 ; *D. actu.*, 29 nov. 2017.

D'AVOUT (L.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ.* I ; *D.*, 2017, p. 2055.

DAGORNE-LABBE (Y.) :

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : JurisData n° 2007-037041 ; *Deffrénois*, 2007, 959.

DAMAS (N.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avr. 2009, n° 08-10.070 ; *Bull. civ.* III, n° 71 ; *D.*, 2010, p. 1168.

DEBET (A.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : JurisData n° 2011-001684 ; *JCP G.*, n° 18, 2011, 520.

DECOCQ (G.) :

- note sous Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-19.589 ; *CCC*, n° 2, févr. 2016, comm. 46.

- note sous Cass. com. 12 sept. 2018, n° 14-19.589 ; *CCC*, n° 12, déc. 2018, comm. 203.

DEFOSSEZ (M.) :

- note sous Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634 ; *Bull. civ.* V, n° 122 ; *D.*, 1992, p. 390.

DEGOS (L.) :

- note sous Cass. 2^{ème} civ., 4 avr. 2002, n° 00-18.009 ; *Bull. civ.* II, n° 68 ; *D.*, 2003, p. 1117.

DELEBECQUE (Ph.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227 ; *Bull. civ.* n° 54 : JurisData n° 1995-000267 ; *D.*, 1995, p. 229.

- obs. sous Cass. ass. plé., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 91-15.999, n° 93-13.688 ; *Deffrénois*, 1996, 748.

- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261, p. 223 ; *D.*, 1997, somm. comm., p. 175.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; *Bull. civ.* I, n° 169 ; *Deffrénois*, 2000, 1124.

- note sous Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14.832 : JurisData n° 2007-039240 ; *Bull. civ.* IV, n° 157 ; *RDC*, 2008, p. 848.

DELEBECQUE (Ph.) et MAZEAUD (D.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; *Bull. civ. I*, n° 131 ; *Defrénois*, 2000, p. 1110.

DELPECH (X.) :

- obs. sous Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14.832 : JurisData n° 2007-039240 ; *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *D.*, 2007, p. 1720.

- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *D.*, 2013, p. 1273.

- obs. sous Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-19.589 ; *D. actu.*, 23 déc. 2015.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2016, n° 15-19.389 ; *D. actu.*, 30 août 2016.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, n° 15-18.858 ; *D. actu.*, 3 oct. 2016.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2016, n° 15-17.033 et n° 15-17.516 ; *Juris tourisme*, 2016, n° 191, p. 10.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ. I* ; *D. actu.*, 21 févr. 2017.

- obs. sous Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-23.552 et n° 15-27.703 ; *D. actu.*, 26 juill. 2017.

- obs. sous Cass. com. 12 sept. 2018, n° 14-19.589 ; *Juris associations*, 2018, n° 588, p. 11.

- obs. sous CA Paris, Pôle 6, ch. 2, 10 janv. 2019, n° 18/08357 ; *AJ Contrat*, 2019, p. 53.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2019, n° 18-13.840 ; *Juris tourisme*, 2020, n° 227, p. 12.

DEMOGUE (R.) :

- obs. sous Cass. civ., 20 mai 1936 ; *RTD civ.*, 1936, p. 691.

DESHAYES (O.) :

- obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 ; *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *RDC*, 2010/4, p. 1253.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2016, n° 15-17.033 et n° 15-17.516 ; *RDC*, 2017, p. 39.

DEVELAY (M.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2011, n° 10-23.528 ; *Bull. civ. I*, n° 219 ; *D.*, 2012, p. 539.

DIDIER (P.) :

- note sous Cass. 2^{ème} civ., 4 avr. 2002, n° 00-18.009 ; *Bull. civ. II*, n° 68 ; *Rev. arb.*, 2003, p. 103.

DISSAUX (N.) :

- note sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-13.013 ; *JCP E.*, 2017, 1152.

- note sous Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-23.552 et n° 15-27.703 ; *JCP E.*, n° 40, 2017, 1523.

- note sous Cass. com., 11 oct. 2018, n° 17-23.211 ; *JCP E.*, n° 49, 2018, 1627.

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 ; *JCP G.*, n° 1-2, 2020, 17.

DREYER (E.) :

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *D.*, 2017, p. 181.

DUMINY (E.) :

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-13.013 ; *AJ Contrat*, 2017, p. 135.

DUMOULIN (L.) :

- note sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *Rev. Sociétés*, 2016, p. 594.

DUREZ (C.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319 ; *D.*, 2019, p. 115.

EPSTEIN (A.-S.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 2014, n° 13-19.729 ; *D.*, 2015, p. 242.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.) :

- note sous Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079 ; *D.*, 2019, p. 177.

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : JurisData n° 2019-003724 ; *D.*, 2019, p. 1033.

FAGES (B.) :

- obs. sous Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14.832 : JurisData n° 2007-039240 ; *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *RTD civ.*, 2007, p. 567.

- obs. sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *RTD civ.*, 2011, p. 121.

FASQUELLE (D.) et ROBERVAL (L.) :

- obs. sous Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761 ; *Bull. civ. IV*, n° 143 ; *Concurrences*, n° 4-2008, p. 95.

FATIN-ROUGE (M.) :

- note sous Cons. const., 7 décembre 2000, DC n° 2000-436 ; *D.* 2001, p. 1841.

FAVARIO (T.) :

- note sous Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 ; *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *D.*, 2012, p. 134.

FERRE (D.) :

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *AJ Contrat*, 2017, p. 132.

FERRIER (D.) :

- obs. sous Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664 ; *Bull. civ. IV*, n° 57 ; *D.*, 2003, p. 2433.

- obs. sous Cass. com., 17 mars 2004, n° 02-17.575 ; *D.*, 2005, p. 150.

- obs. sous Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 ; *Bull. civ. IV*, n° 21 ; *D.*, 2006, pan., p. 515.

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *D.*, 2018, p. 865.

FIEVET (R.) :

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *JA*, 2016, n° 538, p. 15.

FONTMICHEL (de) (M.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2016, n° 15-19.389 ; *JCP G.*, 2016, 1002.

FOURGOUX (J.-L.) :

- note sous T. com. PARIS, 1^{ère} ch., 19 avr. 1971 ; *D.*, 1971, Jur. 483.

- obs. sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *Concurrences*, n° 1-2011, p. 131.

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-13.013 ; *Concurrences*, n° 2-2017, p. 117.

FRANDESCAKIS (P.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963 ; *Bull. civ. I*, n° 246 ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60.

FRANÇOIS (C.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2019, n° 18-13.840 ; *D.*, 2020, p. 188.

FRANCON (A.) :

- obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 3 avr. 2002, n° 00-12.932 ; *Bull. civ. I*, n° 108 ; *RTD com.* 2003, p. 86.

FROMION-HEBRARD (B.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; *Bull. civ. I*, n° 131 ; *LPA*, 5 déc. 2000, p. 14.

GALLMEISTER (I.) :

- obs. sous Cass. ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 ; *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *D.*, 2008, p. 3079.

GATUMEL (D.) :

- obs. sous Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634 ; *Bull. civ. V*, n° 122 ; *JCP G.*, 1992, I, 3610, n° 8.

GAUTIER (P.-Y.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; *Bull. civ. I*, n° 169 ; *RTD civ.*, 2000, p. 863.

- note sous CA Aix-en-Provence, 28 oct. 2014, 1^{re} ch. A., n° 13/17926 ; *RTD civ.*, 2015, p. 157.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ. I* ; *RTD civ.*, 2017, p. 421.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2018, n° 16-20.419 ; *RTD civ.*, 2018, p. 691.

GENICON (T.) :

- note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369 ; *D.*, 2010, p. 2485.

GHESTIN (J.) :

- note sous Cass. ass. plé., 12 juill. 1991, n° 90-13.602 ; *D.*, 1991, p. 549.
- obs. sous Cass. ass. plé., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 91-15.999, n° 93-13.688 ; *JCP G.*, 1995, II, 22565.
- obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 ; *Bull. civ.* IV, n° 115 ; *JCP G.*, 2011, chron. 63, n° 6-7.

GHIGLINO (M.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 19 sept. 2019, n° 18-15.398 ; *D. actu.*, 1^{er} oct. 2019.

GISCLARD (Th.) :

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 309.

GOLDMAN (B.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963 ; *Bull. civ.* I, n° 246 ; *JCP G.*, 1963, II, n° 13405.

GOURIO (A.) :

- obs. sous Cass. com., 13 janv. 2015, n° 13-25.856 ; *AJCA*, 2015, p. 172.

GRIDEL (J.-P.) :

- concl. sous Cass., 1^{ère} civ. 3 avr. 2002, n° 00-12.932 ; *Bull. civ.* I, n° 108 ; *D.*, 2002, p. 1860.

GRIGNON (P.) :

- obs. sous Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-13.603 ; *JCP E.*, 2013, 1454.

GRIMALDI (C.) :

- note sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *RDC*, 2017, 470.

GROFFE (J.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319 ; *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 125.

GROSLIERE (J.-C.) :

- note sous CA Paris, 17 déc. 1990 ; *D.*, 1991, p. 270.

GRYNBAUM (L.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 ; *JurisData* n° 2011-001684 ; *D.*, 2011, p. 1113.

GUERRERO (N.) :

- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *Gaz. Pal.*, 13 juin 2013, n° 164, p. 11.

GUIGUE (J.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 ; *Bull. civ.* I, n° 75 ; *Gaz. Pal.*, 1997, 1, 274.

HACENE (A.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2018, n° 16-20.419 ; *D. actu.*, 6 juin 2018.

HALLOUIN (J.-Cl.) :

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *D.*, 2016, p. 2365.

HAUSER (J.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 2014, n° 13-19.729 ; *RTD civ.*, 2015, p. 102.

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *RTD civ.*, 2016, p. 321.

HEUGAS-DERRASPEN (H.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2018, n° 17-16.519 et n° 17-16.520 ; *RDI*, 2018, p. 444.

HIEZ (D.) :

- obs. sous Cass. com., 11 oct. 2018, n° 17-23.211 ; *RTD com.*, 2018 p. 968.

HOUTCIEFF (D.) :

- note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 ; *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *JCP G.*, 2010, 787.

- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juin 2011, n° 09-72.552 et n° 10-10.843 ; *Bull. civ. II*, n° 126 ; *Gaz. Pal.*, 2012, 286.

- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *Gaz. Pal.*, 4 juill. 2013, n° 185, p. 18.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2015, n° 14-11.761 ; *Bull. civ.* n° 836 ; *Gaz. Pal.*, 5 janv. 2016, n° 253, p. 34.

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *Gaz. Pal.*, 2017, n° 15, p. 37.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : JurisData n° 2019-003724 ; *Gaz. Pal.*, n° 31, 2019, p. 23.

HOVASSE (H.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2016, n° 15-14.689 : JurisData n° 2016-001528 ; *Bull. civ. I*, n° 907 ; *Dr. soc.*, n° 4, 2016, comm. 56.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2016, n° 15-14.689 : JurisData n° 2016-001528 ; *Bull. civ. I*, n° 907 ; *JCP N.*, n° 16-17, 2016, 1133.

IDOT (L.) :

- obs. sous Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-19.589 ; *Europe*, n° 1, janv. 2016, comm. 28.

- obs. sous CJUE, 14 nov. 2017, aff. C-671/15 ; *RTD eur.*, 2018, p. 800.

JAMIN (C.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485 ; *Bull. civ.*, I, n° 300 ; *D.*, 1999, p. 197.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; *Bull. civ. I*, n° 131 ; *JCP G.*, 2000, II, 10510.

- note sous CA Nancy, 2^e ch. com., 20 nov. 2000 : JurisData n° 2000-139560 ; *JCP G.*, n° 29, 2002, II, 10113.

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : JurisData n° 2007-037041 ; *JCP G.*, 2007, II, 10042.

JARROSSON (Ch.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ. I* ; *Rev. arb.*, 2017, 483.

JOSSERAND (L.) :

- rapp. sous Cass. civ., 20 mai 1936 ; *DP*, 1936, I, p. 88.

JOURDAIN (P.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 1991, n° 89-21.791 ; *Bull. civ. I*, n° 163 ; *RTD civ.*, 1991, p. 757.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 ; *Bull. civ. I*, n° 75 ; *RTD civ.*, 1997, p. 434.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997, n° 95-19.136 ; *Bull. civ.*, I, n° 288 ; *RTD civ.*, 1998, p. 121.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, n° 96-12.098 ; *Bull. civ. I*, n° 95 ; *RTD civ.*, 1998, p. 683.

- obs. sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 ; *Bull. ch. mixte* n° 7 ; *RTD civ.*, 2007, p. 779.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, n° 05-12.551 ; *Bull. civ. I*, n° 76 ; *RTD civ.*, 2008, p. 312.

- obs. sous Cass. ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 ; *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *RTD civ.*, 2009, p. 129.

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avr. 2009, n° 08-10.070 ; *Bull. civ. III*, n° 71 ; *RTD civ.*, 2009, p. 539.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2011, n° 10-23.528 ; *Bull. civ. I*, n° 219 ; *RTD civ.*, 2012, p. 121.

JOURDAN-MARQUES (J.) :

- obs. sous CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 11 sept. 2018, n° 16/19913 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 491.

JULIEN (J.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2018, n° 16-10.342 ; *RDC*, 2018, 410.

JULIENNE (F.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 ; *Lexbase Hebdo*, éd. Affaires, n° 471, 23 juin 2016.

KENFACK (H.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, n° 05-12.551 ; *Bull. civ. I*, n° 76 ; *D.*, 2009, p. 972.

- obs. sous Cass. ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 ; *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *D.*, 2009, p. 972.

KULLMAN (J.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, n° 89-15.860 ; *Bull. civ. I*, n° 162 ; *D.*, 1992, somm., p. 401.

LAAZOUZI (M.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ. I* ; *Rev. contrats*, 2017, 299.

LACHIEZE (C.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2016, n° 15-17.033 et n° 15-17.516 ; *D.*, 2017, p. 341.

LAITHIER (Y.-M.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : *JurisData* n° 2007-037041 ; *RDC*, 2007, 703.

LARRIEU (J.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : *JurisData* n° 2011-001684 ; *D.*, 2011, p. 2363.

- obs. sous CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova* ; *D.*, 2018, p. 2270.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : *JurisData* n° 2019-003724 ; *JCP E.*, 2019, 1425.

LA VAISSIERE (de) (F.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avr. 2009, n° 08-10.070 ; *Bull. civ. III*, n° 71 ; *AJDI*, 2009, p. 701.

LEBATTEUX (A.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 2017, n° 16-10.007 : *JurisData* n° 2017-005677 ; *Loyers et copr.*, n° 5, 2017, comm. 117.

LEBRET (A.-S.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2019, n° 17-20.463 ; *Bull. civ. I*, n° 136 ; *AJ Contrat*, 2019, p. 243.

LECOURT (A.) :

- obs. sous CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova* ; *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 702.

LE GAC-PECH (S.) :

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 2019, n° 18-23.259 ; *JCP G.*, n° 5, 2020, 122.

LEGEAIS (D.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212 ; *Bull. civ.* 1995, I, n° 287, p. 200 ; *JCP E.*, 1996, II, 772.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 ; *Bull. civ.* I, n° 135 ; *RTD com.*, 2005, p. 401.

- obs. sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 ; *Bull. ch. mixte* n° 7 ; *RTD com.*, 2007, p. 579.

- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *RTD com.*, 2013, p. 569.

- obs. sous Cass. com., 13 janv. 2015, n° 13-25.856 ; *RTD com.*, 2015, p. 340.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : JurisData n° 2019-003724 ; *RTD com.*, 2019, p. 463 et 465.

LEGRAND (V.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, n° 15-18.858 ; *AJ Contrat*, 2016, p. 493.

- obs. sous CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova* ; *AJ Contrat*, 2018, p. 534.

- note sous Cass. com., 6 mars 2019, n° 17-26.605 ; *D.*, 2019, p. 797.

- note sous Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-19.952 ; *D.*, 2019, p. 2390.

LEPAGE (A.) :

- note sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *CCC*, n° 5, 2016, comm. 43.

LE STANC (C.) :

- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *D.*, 2013, p. 2487.

LEVENEUR (L.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1993 ; *CCC*, mars 1994, chron. 3, p. 1,

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227 ; *Bull. civ.* n° 54 : JurisData n° 1995-000267 ; *CCC*, 1995, comm. 84.

- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261, p. 223 ; *CCC*, 1997, 24.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1999, n° 97-18.984 ; *Bull. civ.*, I, n° 231 ; *JCP N.*, 2000, 400.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; *Bull. civ.* I, n° 131 ; *CCC*, 2000, n° 140.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; *Bull. civ.* I, n° 169 ; *CCC*, 2000, comm. 142.
- obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 3 avr. 2002, n° 00-12.932 ; *Bull. civ.* I, n° 108 ; *CCC*, 2002, comm. 211.
- obs. sous Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664 ; *Bull. civ.* IV, n° 57 ; *CCC*, 2003, comm. 137.
- obs. sous Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 ; *Bull. civ.* IV, n° 21 ; *CCC*, 2005, comm. 105.
- obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 ; *Bull. civ.* IV, n° 115 ; *CCC*, 2010, comm. 220.
- note sous Cass, 3^{ème} civ., 7 nov. 2012, n° 11-18.138 : *JurisData* n° 2012-025048 ; *CCC*, n° 2, févr. 2013, comm. 27.
- note sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *CCC*, 2013, comm. 176.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2014, n° 13-27.202 ; *CCC*, 2015, comm. 56.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2016, n° 15-17.033 et n° 15-17.516 ; *CCC*, 2016, comm. 247.
- obs. sous Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-16.634 : *JurisData* n° 2018-001024 ; *CCC*, n° 4, 2018, comm. 63.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2019, n° 17-20.463 ; *Bull. civ.* I, n° 136 ; *CCC*, 2019, comm. 80.

LICARI (F.-X.) :

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *RLDC*, 2017, 148.

LIENHARD (A.) :

- obs. sous Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 ; *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *D.*, 2012, p. 134.

LOIR (R.) :

- obs. sous Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146 ; *Bull. civ.* 2016, n° 845, IV, n° 974 ; *JCP E.*, n° 24, 2016, p. 1363.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 ; *JCP E.*, 2016, n° 29, 1419.
- note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 2019, n° 18-23.259 ; *JCP E.*, 2020, 1002.

LOISEAU (G.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; *Bull. civ. I*, n° 131 ; *JCP G.*, 2000, I, 272.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; *Bull. civ. I*, n° 169 ; *JCP G.*, 2001, II, 10461.
- obs. sous CA Versailles, 16 déc. 2014, n° 14/00880 ; *Cah. soc.*, n° 272, 2015, p. 153.
- obs. sous Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146 ; *Bull. civ. 2016*, n° 845, IV, n° 974 ; *CCE*, n° 5, 2016, comm. 40.
- note sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *D.*, 2016, p. 1116.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-17.369 ; *RJDA*, 2016, n° 824 ; *CCE*, 2016, n° 69.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-17.369 ; *D.*, 2016, p. 1844.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319 ; *CCE*, n° 11, 2018, comm. 82.
- obs. sous CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *Maximilian Schrems c/ Facebook Ireland Limited* ; *CCE*, 2018, comm. 19.
- obs. sous CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova* ; *CCE*, 2018, comm. 90.

LUBY (M.) :

- note sous CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 ; *CCC*, 2002, n° 7, chron. 14.
- obs. sous CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 ; *RTD com.*, 2002, p. 404.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 ; *Bull. civ. I*, n° 135 ; *RTD com.*, 2005, p. 631.

LUC (I.) :

- obs. sous Aut. conc., décision n° 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais ; *AJCA*, 2015, p. 277.

LUCAS (A.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : *JurisData* n° 2011-001684 ; *Prop. intell.*, 2011, p. 197.

LUCIANI (A.-M.) :

- note sous Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 ; *Bull. civ. IV*, n° 21 ; *JCP G.*, 2006, II, 10011.
- obs. sous Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126, QPC ; *JCP G.*, 2011, 717.

LYON-CAEN (C.) :

- note sous Cass. civ., 21 nov. 1911, Compagnie Générale Transatlantique c/ Zbidi Hamida Ben Mahmoud ; *S.*, 1912, 1, 73.

MAGNIER-MERRAN (K.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 2018, n° 17-11.329 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 143.

MAINGUY (D.) :

- note sous Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664 ; *Bull. civ. IV*, n° 57 ; *JCP E.*, 2003, 1792.

- note sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *JCP E.*, 2011, 1136.

- note sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *JCP E.*, 2013, 1403.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 2014, n° 13-19.729 ; *D.*, 2015, p. 246.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.) :

- obs. sous Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 ; *Bull. civ. IV*, n° 21 ; *JCP E.*, 2005, n° 31-34, p. 1326.

MAISONNAT (B.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2019, n° 17-20.463 ; *Bull. civ. I*, n° 136 ; *D.*, 2019, p. 931.

MALAURIE-VIGNAL (M.) :

- obs. sous Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664 ; *Bull. civ. IV*, n° 57 ; *CCC*, 2003, comm. 107.

- note sous Cons. conc., décision n° 04-D-26 du 30 juin 2004, points 53 et s. ; *CCC*, n° 10, oct. 2004, comm. 140.

- note sous Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.76 ; *Bull. civ. IV*, n° 143 ; *CCC*, 2008, comm. 237.

- note sous CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08, Sociétés Google France et Google Inc c/ Société Louis Vuitton Malletier SA ; C-237/08, Google France SARL c/ Viaticum SA et Luteciel SARL ; C-238/08, Google France SARL c/ CNRRH, MM. Thonet et Raboin et Tiger SARL ; *CCC*, n° 5, 2010, comm. 132.

- note sous Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-13.603 ; *CCC*, n° 5, 2013, comm. 114.

MALEVILLE (M.-H.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2001, n° 99-12.512 ; *Bull. civ. I*, n° 209, p. 132 ; *LPA*, 24 avr. 2002, n° 82, p. 9.

MALLET-BRICOUT (B.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : *JurisData* n° 2007-037041 ; *Dr. et patr.*, 3/2008, 91.

MANARA (C.) :

- obs. sous CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08, *Sociétés Google France et Google Inc c/ Société Louis Vuitton Malletier SA* ; C-237/08, *Google France SARL c/ Viaticum SA et Luteciel SARL* ; C-238/08, *Google France SARL c/ CNRRH, MM. Thonet et Raboin et Tiger SARL* ; *D.*, 2010, p. 885.

MARTIN-SERF (A.) :

- obs. sous Cass. com., 6 mars 2019, n° 17-26.605 ; *RTD com.*, 2019, p. 479.

MARTIN (D. R.) et SYNDET (H.) :

- obs. sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 ; *Bull. ch. mixte* n° 7 ; *D.*, 2008, p. 871.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : *JurisData* n° 2019-003724 ; *D.*, 2019, p. 2009.

MATHEY (N.) :

- obs. sous Tribunal de Commerce de Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184 ; *CCC*, mars 2010, comm. 71.

- note sous Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-15.555 ; *CCC*, 2016, comm. 67.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2016, n° 14-29.261 ; *RD banc. fin.*, 2016, n° 114.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, n° 15-18.858 ; *RD banc. fin.* 2016, comm. 236.

- note sous Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013 ; *CCC*, 2016, comm. 253.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 oct. 2016, n° 15-19.670, *SA Société Lyonnaise de banque c/ G.*, *JurisData* n° 2016-021279 ; *RD banc. fin.*, n° 1, 2017, comm. 10.

- note sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-13.013 ; *CCC*, 2017, comm. 54.

- note sous Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-18.864 ; *CCC*, 2018, comm. 9.

- obs. sous Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-24.063 ; *CCC*, n° 4, avr. 2018, comm. 67.

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 2018, n° 17-11.329 ; *CCC*, n° 8-9, 2018, comm. 151.

- note sous CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; *CCC*, 2018, comm. 175.

- note sous CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 11 sept. 2018, n° 16/19913 ; *CCC*, n° 11, 2018, comm. 192.

- note sous Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749, QPC, *JORF* n° 278 du 1^{er} déc. 2018, texte n° 83 ; *CCC*, n° 2, févr. 2019, comm. 23.

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 ; *CCC*, n° 1, 2020, comm. 6.

MAZEAUD (D.) :

- obs. sous Cass. com., 10 mai 1994, n° 92-22.075 ; *D.*, 1995, somm. p. 89.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212 ; *Bull. civ.* 1995, I, n° 287, p. 200 ; *Defrénois*, 1995, 1416.
 - obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261, p. 223 ; *Defrénois*, 1997, 333.
 - obs. sous Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357 ; *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *Defrénois*, 1999, p. 371.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485 ; *Bull. civ.*, I, n° 300 ; *Defrénois*, 1999, 374.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; *Bull. civ.* I, n° 169 ; *D.*, 2001, p. 1140.
 - obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 3 avr. 2002, n° 00-12.932 ; *Bull. civ.* I, n° 108 ; *D.*, 2002, p. 2844.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 2004, n° 03-13.847 ; *RDC*, 2004, 925.
 - obs. sous Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 ; *Bull. civ.* IV, n° 21 ; *RDC*, 2005, p. 684.
 - note sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : JurisData n° 2007-037041 ; *D.*, 2007, p. 1051.
 - note sous Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14.832 : JurisData n° 2007-039240 ; *Bull. civ.* IV, n° 157 ; *RDC*, 2007, p. 1121.
 - note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 ; *Bull. civ.* IV, n° 115 ; *D.*, 2010, p. 1832.
 - note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369 ; *D.*, 2010, p. 2481.
 - note sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *D.*, 2013, p. 1658.
- MEKKI (M.) :**
- obs. sous Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146 ; *D.*, 2017, pan., p. 375.
 - obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 2018, n° 17-11.329 ; *D.*, 2019, p. 279.
- MESTRE (J.) :**
- obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 28 avr. 1987, n° 85-13.674, JurisData n° 1987-000971 ; *Bull. civ.* 1987, I, n° 134 ; *RTD civ.*, 1987, p. 537.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 juill. 1991, n° 90-12.065 ; *Bull. civ.* I, n° 228 ; *RTD civ.*, 1992, p. 758.
 - obs. sous CA Paris, 5 juill. 1991, 15^e ch. B. ; *RTD civ.*, 1992, p. 388.
 - obs. sous Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634 ; *Bull. civ.* V, n° 122 ; *RTD civ.*, 1992, p. 762.
 - obs. sous Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547 ; *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *RTD civ.*, 1993, p. 124.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227 ; *Bull. civ.* n° 54 : JurisData n° 1995-000267 ; *RTD civ.*, 1995, p. 360.

- obs. sous Cass. ass. plé., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 91-15.999, n° 93-13.688 ; *RTD civ.*, 1996, p. 153.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212 ; *Bull. civ.* 1995, I, n° 287, p. 200 ; *RTD civ.*, 1996, p. 385.
- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261, p. 223 ; *RTD civ.*, 1997, p. 418.
- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261, p. 223 ; *JCP*, 1997, I, 418.
- obs. sous Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357 ; *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *RTD civ.*, 1999, p. 98.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485 ; *Bull. civ.*, I, n° 300 ; *RTD civ.*, 1999, p. 394.
- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 4 avr. 2002, n° 00-18.009 ; *Bull. civ.* II, n° 68 ; *Dr. et patr.*, 2002, n° 3109.

MESTRE (J.) et FAGES (B.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; *Bull. civ.* I, n° 169 ; *RTD civ.*, 2000, p. 827.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; *Bull. civ.* I, n° 131 ; *RTD civ.*, 2000, p. 566.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2001, n° 99-12.512 ; *Bull. civ.* I, n° 209, p. 132 ; *RTD civ.*, 2001, p. 873.
- obs. sous CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 ; *RTD civ.*, 2002, p. 291.
- obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 3 avr. 2002, n° 00-12.932 ; *Bull. civ.* I, n° 108 ; *RTD civ.*, 2002, p. 502.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 ; *Bull. civ.* I, n° 135 ; *RTD civ.*, 2005, p. 393.
- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : JurisData n° 2007-037041 ; *RTD civ.*, 2007, p. 335.

MOLFESSIS (N.) :

- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261, p. 223 ; *RTD civ.*, 1998, p. 213.

MONGE (A.-C.) et NESI (F.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avr. 2009, n° 08-10.070 ; *Bull. civ.* III, n° 71 ; *D.*, 2009, p. 2573, chron.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.) :

- obs. sous CJUE, 3 sept. 2015, aff. C-110/14, *Costea c/ SC Volsbank România (Sté)* : JurisData n° 2015-020959 ; *JCP E.*, 2015, 1599.

MOREAU (J.) et POINDRON (O.) :

- obs. sous Cass. com., 20 juin 2018, n° 17-11.473 ; *AJ Contrats*, 2018, p. 427.

MORTIER (R.) :

- note sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *Dr. Sociétés*, n° 6, 2016, comm. 98.

MOTULSKY (H.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963 ; *Bull. civ. I*, n° 246 ; *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615.

NICOLAU (G.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, n° 89-15.860 ; *Bull. civ. I*, n° 162 ; *D.*, 1993, p. 87.

NOURISSAT (C.) :

- note sous CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 ; *LPA*, 22 mai 2002.

PAISANT (G.) :

- note sous Cass., 1^{ère} civ., 28 avr. 1987, n° 85-13.674, JurisData n° 1987-000971 ; *Bull. civ. 1987, I*, n° 134 ; *JCP G.*, 1987, II, 20893.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.733 ; *JCP*, 1993, II, n° 22007.

- obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 6 janv. 1993, n° 90-20.733 ; *D.*, 1993, p. 237.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227 ; *Bull. civ. n° 54* : JurisData n° 1995-000267 ; *D.*, 1995, p. 327.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, n° 93-13.187 ; *Bull. civ.*, I, n° 251 ; *D.*, 1996, p. 12.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 janv. 1996, n° 93-19.322 et Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 1996, n° 93-18.684 ; *D.*, 1996, p. 228.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 juill. 1996, n° 94-14.662 ; *Bull. civ. I*, n° 331, p. 231 ; *JCP G.*, 1996, II, 22747.

- note sous CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 ; *JCP*, 2002, II, n° 10047.

- note sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285, JurisData n° 2005-027573 ; *Bull. civ. 2005, I*, n° 335 ; *JCP G.*, 2005, II, 10114.

- note sous CJUE, 3 sept. 2015, aff. C-110/14, *Costea c/ SC Volsbank România (Sté)* : JurisData n° 2015-020959 ; *JCP G.*, n° 42, 2015, 1110.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 ; *JCP G.*, n° 36, 2016, 924.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.621 ; *JCP G.*, 2016, n° 50, p. 1351.

PARLEANI (G.) :

- obs. sous Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-18.864 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 31.

PELLET (S.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : JurisData n° 2019-003724 ; *RDC*, n° 3, 2019, p. 21.

PELLIER (J.-D.) :

- note sous Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-26.416 ; *LPA*, 2014, n° 90, p. 10.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2016, n° 15-14.689 : JurisData n° 2016-001528 ; *Bull. civ. I*, n° 907 ; *JCP E.*, n° 23, 2016, 1348.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2018, n° 17-16.519 et n° 17-16.520 ; *D. actu.*, 26 juin 2018.

PENNEAU (J.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 ; *Bull. civ. I*, n° 75 ; *D.*, 1997, somm., p. 319.

PERRIER (J.-B.) :

- obs. sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *AJ Pénal*, 2011, p. 191.

PERINET-MARQUET (H.) :

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 23 oct. 2002, n° 00-17.807 : JurisData n° 2002-016090 ; *RDI*, 2003, p. 455.

PEYER (F.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2011, n° 10-23.528 ; *Bull. civ. I*, n° 219 ; *D.*, 2012, p. 704.

PICOD (Y.) :

- obs. sous Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-14.529 ; *D.*, 2004, p. 1661.

- note sous Cass., 1^{ère} civ. 27 sept. 2005, n° 02-13.935 ; *D.*, 2006, p. 238.

- note sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *D.*, 2011, p. 415.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 ; *AJ Contrat*, 2016, p. 436.

- obs. sous Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-24.063 ; *D.*, 2018, p. 2326.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2018, n° 17-16.519 et n° 17-16.520 ; *AJ Contrat*, 2018, p. 381.

PIEDELIEVRE (S.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212 ; *Bull. civ.* 1995, I, n° 287, p. 200 ; *D.*, 1995, p. 621.

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : JurisData n° 2007-037041 ; *JCP N.*, 2007, 1157, n° 4.

- note sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 ; *Bull. ch. mixte* n° 7 ; *D.*, 2007, p. 2081.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 ; *Gaz. Pal.*, 13 sept. 2016, n° 31, p. 26.

PIGNARRE (G.) et BRUN (Ph.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, n° 96-12.098 ; *Bull. civ. I*, n° 95 ; *D.*, 1999, p. 36.

PILON (E.) :

- note sous Cass. civ., 20 mai 1936 ; *DP*, 1936, I, p. 88.

PIZZIO (J.-P.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227 ; *Bull. civ.* n° 54 : *JurisData* n° 1995-000267 ; *D.*, 1995, p. 310.

- obs. sous CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 ; *D.*, 2002, p. 2929.

POILLOT (E.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.621 ; *D.*, 2017, pan., p. 548.

POLLAUD-DULIAN (F.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : *JurisData* n° 2011-001684 ; *RTD com.*, 2011, p. 351.

PORACCHIA (D.) :

- note sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *Bull. Joly*, 2016, p. 10.

PRIETO (C.) :

- obs. sous Aut. conc., avis n° 18-A-04, 3 mai 2018 ; *RDC*, n° 3, 2018, p. 427.

- obs. sous Cass. com. 12 sept. 2018, n° 14-19.589 ; *RDC*, 2018, p. 592.

QUEZEL-AMBRUNAZ (C.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2016, n° 15-17.033 et n° 15-17.516 ; *D.*, 2017, pan., p. 24.

RAVEL D'ESCLAPON (de) (T.) :

- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juin 2011, n° 09-72.552 et n° 10-10.843 ; *Bull. civ. II*, n° 126 ; *D.*, 2011, p. 1612.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2016, n° 15-14.689 : *JurisData* n° 2016-001528 ; *Bull. civ. I*, n° 907 ; *JCP N.*, n° 28, 2016, 1224.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2016, n° 14-29.261 ; *JCP N.*, 2016, 1224.

RAYMOND (G.) :

- obs. sous CA Paris, 5 juill. 1991, 15^e ch. B. ; *CCC*, 1992, n° 16.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1997, n° 95-14.456 ; *CCC*, 1997, n° 157.

- note sous CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 ; *CCC*, 2002, n° 1, comm. 18.

- obs. sous CJCE, 20 janv. 2005, aff. C-464/01, *Gruber c/ Bay Wa AG* ; *CCC*, n° 5, mai 2005, comm. 100.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910 : *JurisData* n° 2009-049063 ; *CCC*, n° 10, 2009, comm. 255.

- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 26 mars 2015, n° 14-15.013 et n° 14-11.599 : JurisData n° 2015-006375 et n° 2015-006376 ; CCC, n° 6, 2015, comm. 156.

- obs. sous CA DOUAI, 9 juill. 2015, n° 14/07628 ; CCC, n° 10, 2015, comm. 242.

RAYNARD (J.) :

- obs. sous CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 ; *RTD civ.*, 2002, p. 397.

REIFEGERSTE (S.) :

- note sous Cass. 2^{ème} civ., 4 avr. 2002, n° 00-18.009 ; *Bull. civ.* II, n° 68 ; *JCP G.*, 2002, II, n° 10154.

REMY (Ph.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 ; *Bull. civ.* I, n° 75 ; *RGDA*, 1997, p. 852.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2002, n° 00-22.432 ; *RGDA*, 2003, p. 96.

REMY-CORLAY (P.) :

- note sous CJCE, 20 janv. 2005, aff. C-464/01, *Gruber c/ Bay Wa AG* ; *RTD civ.*, 2005, p. 353.

RIERA (A.) :

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *D.*, 2017, pan., p. 2444.

RIVERO (J.) :

- note sous Cons. const., 16 janvier 1982, DC n° 81-13 ; *AJDA*, 1982, p. 202 et 209.

ROBERT (J.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963 ; *Bull. civ.* I, n° 246 ; *D.*, 1963, p. 545.

ROBERT (J.-H.) :

- note sous Cass. crim. 4 mars 2003, n° 02-80.652 : JurisData n° 2003-018629 ; *Dr. pén.*, n° 6, juin 2003, comm. 75.

RONDEY (C.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2001, n° 99-12.512 ; *Bull. civ.* I, n° 209, p. 132 ; *D.*, 2001, p. 2828 ;

- note sous CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 ; *D.*, 2002, p. 90.

- obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285, JurisData n° 2005-027573 ; *Bull. civ.* 2005, I, n° 335 ; *D.*, 2005, p. 887.

RONZANO (A.) :

- obs. sous Aut. conc., décision n° 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais ; *Concurrences* n° 2-2015, art. 73326.

- obs. sous Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-19.589 ; *Concurrences*, n° 1-2016, art. 78067.

ROUGEAU-MAUGER (C.) :

- obs. sous Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126, QPC ; *D.*, 2011, p. 1833.

ROUJOU DE BOUBEE (G.), GARE (T.), MIRABAIL (S.) et POTASZKIN (T.) :

- obs. sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC ; *D.*, 2011, p. 2823.

ROUSSEL GALLE (P.) :

- obs. sous Cass. com., 6 mars 2019, n° 17-26.605 ; *Rev. sociétés*, 2019, p. 421.

ROUSSILLE (M.) :

- note sous CA Versailles, 12 janv. 2016, ch. 12, n° 14/02657 : JurisData n° 2016-000273 ; *Dr. sociétés*, n° 4, avr. 2016, comm. 59.

RZEPECKI (N.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485 ; *Bull. civ.*, I, n° 300 ; *JCP G.*, 1999, II, 10133.

SABARD (O.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2016, n° 15-17.033 et n° 15-17.516 ; *LEDC*, n° 10, p. 7.

SALVANDY (J.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 févr. 2017, n° 15-26. 263 : *RDI*, 2017, p. 404.

SAMIN (T.) et TORCK (S.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 : JurisData n° 2019-003724 ; *RD banc. fin.*, n° 4, 2019, comm. 117.

SARGOS (P.) :

- rapp. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685 ; *Bull. civ.* I, n° 75 ; *Gaz. Pal.*, 1997, 1, 274.

SARRUT (L.) :

- note sous Cass. civ., 21 nov. 1911, Compagnie Générale Transatlantique c/ Zbidi Hamida Ben Mahmoud ; *DP*, 1913, 1, 249.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2001, n° 99-12.512 ; *Bull. civ.* I, n° 209, p. 132 ; *JCP G.*, n° 27, 2002, doct. 148 chron. de droit des obligations, J. GHESTIN (dir.).

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 ; *JCP G.*, n° 47, 2016, doct. 1257, n° 2.

- obs. sous Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146 ; *Bull. civ.* 2016, n° 845, IV, n° 974 ; *D.*, 2017, pan., p. 539.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-17.369 ; *D.*, 2017, pan., p. 539.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 2016, n° 15-17.369 ; *RDC*, 2017, 109.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 ; *RDC*, 2017, p. 109.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2017, n° 16-14.157 ; *RDC*, n° 3, 2017, p. 502.

SAVAUX (E.) :

- obs. sous Cass., 1^{ère} civ. 3 avr. 2002, n° 00-12.932 ; *Bull. civ. I*, n° 108 ; *Defrénois*, 2002, 1246.

- obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285, JurisData n° 2005-027573 ; *Bull. civ. 2005, I*, n° 335, *Defrénois*, 2005, p. 2009.

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : JurisData n° 2007-037041 ; *Defrénois*, 2007, 443.

- obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369 ; *RDC*, 2011, p. 34.

SCHOETTL (J.-E.) :

- note sous Cons. const., 7 décembre 2000, DC n° 2000-436 ; *AJDA*, 2001, p. 18.

SCHOLASTIQUE (E.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212 ; *Bull. civ. 1995, I*, n° 287, p. 200 ; *Defrénois*, 1996, 689.

SENECHAL (J.) :

- note sous Tribunal de Commerce de Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184 ; *D.*, 2010, p. 1000.

SERAGLINI (C.) :

- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 4 avr. 2002, n° 00-18.009 ; *Bull. civ. II*, n° 68 ; *JCP G.*, 2003, I, n° 105, n° 2.

SERIAUX (A.) :

- note sous Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ. 1996, IV*, n° 261, p. 223 ; *D.*, 1997, p. 121.

SEUBE (J.-B.) :

- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juin 2011, n° 09-72.552 et n° 10-10.843 ; *Bull. civ. II*, n° 126 ; *Defrénois*, 2011, 1485.

- note sous Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927 ; *JCP G.*, n° 24, 2013, 674.

SIRINELLI (P.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896 : JurisData n° 2011-001684 ; *D.*, 2011, p. 2164.

SIZAIRE (Ch.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2017, n° 16-14.157 ; *Constr. Urb.*, 2017, n° 5, comm. 71.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17.319 ; *Constr. – urb.*, n° 11, 2018, comm. 159.

STEFANIA (T.) :

- note sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; *JCP E.*, 2016, 1473.

STOFFEL-MUNCK (Ph.) :

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442 : JurisData n° 2007-037041 ; *D.*, 2007, p. 1054.

- note sous Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14.832 : JurisData n° 2007-039240 ; *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *CCE*, n° 12, 2007, comm. 151.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, n° 05-12.551 ; *Bull. civ. I*, n° 76 ; *JCP G.*, 2008, 186.

- note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 ; *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *JCP E.*, 2010, 1790.

THOMAS (E.) :

- obs. sous CA Paris, Pôle 5, ch. 7, 23 mai 2017, n° 2015/08224 ; *Concurrences*, n° 3-2017, p. 71.

TISSEYRE (S.) :

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 17 oct. 2019, n° 18-18.469 ; *D.*, 2019, p. 2331.

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 2019, n° 18-23.259 ; *D.*, 2020, p. 55.

TOMASIN (D.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 juill. 1991, n° 90-12.065 ; *Bull. civ. I*, n° 228 ; *RDI*, 1992, p. 348.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1999, n° 97-18.984 ; *Bull. civ. I*, n° 231 ; *RDI*, 2000, p. 81.

TOURNAFOND (O.) :

- obs. sous Cass. com., 1^{er} déc. 1992 ; *Bull. civ. IV*, n° 391 ; *D.*, 1993, somm. 237.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; *Bull. civ. I*, n° 131 ; *D.*, 2002, p. 928.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2001, n° 99-12.512 ; *Bull. civ. I*, n° 209, p. 132 ; *D.*, 2002, p. 932.

TREARD (S.) :

- obs. sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; *D.*, 2017, chron., p. 1075.

TREFIGNY-GOY (P.) :

- obs. sous CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08, Sociétés Google France et Google Inc c/ Société Louis Vuitton Malletier SA ; C-237/08, Google France SARL c/ Viaticum SA et Luteciel SARL ; C-238/08, Google France SARL c/ CNRRH, MM. Thonet et Raboin et Tiger SARL ; *D.*, 2010, p. 1966.

TREPPOZ (E.) :

- obs. sous CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08, Sociétés Google France et Google Inc c/ Société Louis Vuitton Malletier SA ; C-237/08, Google France SARL c/ Viaticum SA et

Luteciel SARL ; C-238/08, Google France SARL c/ CNRRH, MM. Thonet et Raboin et Tiger SARL ; *RTD eur.*, 2010, chron., p. 939.

VINEY (G.) :

- note sous Cass. ass. plé., 12 juill. 1991, n° 90-13.602 ; *JCP*, 1991, II, 21753.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227 ; *Bull. civ.* n° 54 ; *JurisData* n° 1995-000267 ; *JCP*, 1995, I, 3893, n° 28.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, n° 96-12.098 ; *Bull. civ.* I, n° 95 ; *JCP G.*, 1998, II, p. 144, n° 18.
- note sous Cass. ass. plé., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 ; *D.*, 2006, p. 2825.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, n° 05-12.551 ; *Bull. civ.* I, n° 76 ; *D.*, 2008, p. 1582.
- note sous Cass. ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307 ; *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; *D.*, 2009, p. 461.

VIRASSAMY (G.) :

- obs. sous Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547 ; *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *JCP G.*, 1993, II, 22614.

VITSE (S.) :

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169 ; *JurisData* n° 2019-003724 ; *D.*, 2019, p. 1784.

VOGEL (L.) :

- obs. sous Cons. conc., décision n° 96-D-44 du 18 juin 1996 ; *CCC*, 1997, comm. 8.

WEILLER (L.) :

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2016, n° 15-19.389 ; *Procédures*, 2016, 289.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2017, n° 15-25.687 ; *Bull. civ.* I ; *Procédures*, 2017, 68.

V – ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES ET ARTICLES D’ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

ARCELIN (L.) :

- « Notion d’entreprise en droit interne et européen de la concurrence », *JCl. Conc. Cons.*, fasc. 85, 2016.

BLAISE (J.-B.) :

- « Abus de position dominante », *Rép. com.*, *Dalloz*, oct. 2005 (m.a.j. mars 2020).

CADIET (L.) et LE TOURNEAU (Ph.) :

- « Abus de droit », *Rép. civ., Dalloz*, juin 2015, (m.a.j. mai 2017).

CHAGNY (M.) (dir.) :

- *Lamy Droit économique*, Lamy, 2019.

CHANTEPIE (G.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) :

- « Déséquilibre significatif », *Rép. civ., Dalloz*, 2019 (m.a.j. janv. 2020).

CHAUVEL (P.) :

- « Violence », *Rép. civ., Dalloz*, avr. 2019.

CHONE (A.-S.) :

- « Abus de position dominante – Notion de position dominante. Article 102 TFUE et article L. 420-2 du Code de commerce », *JCl. Distrib.*, fasc. 560, 2010.

CLAMOUR (G.) :

- « Libertés professionnelles et liberté d'entreprise », *JCl. Libertés*, fasc. 1340, 2007.

FAGES (B.) (dir.) :

- *Lamy Droit du contrat*, Lamy, 2019.

GRIGNON (P.) :

- « Distribution », *Rép. com., Dalloz*, juin 2016 (m.a.j. févr. 2019).

GRYNFOGEL (C.) :

- « Entreprises communes », *Rép. europ.*, janv. 2015 (actu. avr. 2016).

GUIBAL (M.) :

- « Commerce et industrie », *Rép. com., Dalloz*, 2015.

HOUTCIEFF (D.) :

- « Entreprise individuelle à responsabilité limitée - EIRL », *Rép. com., Dalloz*, janv. 2012 (m.a.j. déc. 2019).

LATINA (M.) :

- « Contrat : généralités », *Rép. civ., Dalloz*, 2017 (m.a.j. janv. 2019).

LEBEL (C.) :

- « Commerçant », *Rép. com., Dalloz*, 2013 (m.a.j. 2017).

LE TOURNEAU (Ph.) et POUMAREDE (M.) :

- « Bonne foi », *Rép. civ., Dalloz*, janv. 2017, (m.a.j. avr. 2019).

MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et MESTRE-CHAMI (A.-S.) (dir.) :

- *Lamy Sociétés commerciales*, Lamy, 2020.

PIEDELIEVRE (S.) :

- « Insaisissabilité des immeubles non professionnels », *Rép. com., Dalloz*, avr. 2017 (m.a.j. mars 2018).

RAYMOND (G.) :

- « Contrats de consommation », *JCl. Conc. Cons.*, fasc. 800, 2016.

- « Synthèse – Entreprise et consommateur : Contrats de consommation », *JCl. Com.*, Synth. 123.

ROZES (L.) :

- « Entreprise », *Rép. trav.*, avr. 1991 (m.a.j. mars 2012).

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

- A -

Abus :

- de dépendance économique : 242 et s.
- de dépendance (droit commun) : 294 et s.
- de droit (théorie) : 293, 685 et s.
- de position dominante : 239 et s.
- et petit professionnel : 687 et s.

Acte mixte : 111, 218.

Action du ministre chargé de l'Économie (C. com., art. L442-4) : 260, 752.

Activité professionnelle (critère de) :

- appréciation et clarification : 217 et s.
- critère légal : 107, 212 et s., 492-493.
- genèse et origine : 214 et s.

Amendes civiles : 600.

Analyse économique du droit : 402 et s.

Arbitrage :

- approche critique : 741 et s.
- notion : 734 et s.

- procédure : 737 et s.

Artisan : 128.

Association :

- et non-professionnel : 84.
- et professionnel : 113.

Auto-entrepreneur : 447.

Autonomie de la volonté :

- et contrat d'adhésion : 287.
- et liberté contractuelle : 273.
- limites et déclin : 274.
- notion : 6.

- B -

Besoins professionnels (critère des) : 192 et s.

Bonne foi : 690 et s., 710.

- C -

Cause : 276, 281.

Chronopost (jurisprudence) : 281, 701.

Clauses abusives :

- et droit commun des contrats : 290 et s., 701.
- et droit de la concurrence : 700.
- et droit de la consommation : 699.

Codes de bonne conduite : 651 et s.

Comité d'entreprise : 80.

Commerçant :

- appréciation et clarification : 128.
- définition : 125.
- et partenaire commercial : 127.
- et petit commerce : 126.
- et petit professionnel : 122 et s., 137.
- et professionnel : 130 et s.
- genèse et origine : 124.

Compétence (critère de) :

- appréciation critique : 186 et s.
- et non professionnel : 184.
- généralités : 182 et s.

Consommateur :

- appréciation et clarification : 62 et s.
- définition doctrinale : 50 et s.
- définition jurisprudentielle : 53 et s.
- définition légale : 55 et s.
- et petit professionnel : 35 et s., 66.
- genèse et origine : 38 et s.

- professionnel-consommateur : 307 et s.

Contractant :

- commerçant : *v. ce mot.*
- coopération contractuelle : 285.
- non-professionnel : *v. ce mot.*
- professionnel : *v. ce mot.*

Contrat structurellement déséquilibré :
9.

Contrat conclu hors établissement (entre professionnels) : 224 et s., 492-493.

- et obligation d'information : 534.
- et droit de rétractation : 676.

Contrat d'adhésion : 287 et s.

- définition : 288.
- et professionnel : 289.
- genèse : 287.
- *summa divisio* (théorie) : 269.

Contrôle judiciaire du prix : 683.

- D -

Délais de paiement : 720.

Dépendance :

- notion : 258.
- économique : 242.
- et professionnel : 374.
- du producteur-fournisseur : 376 et s.

- du distributeur : 378 et s.
- et relations d'affaires : 472.

- E -

Déséquilibre significatif :

- et droit commun des contrats : 291, 701.
- et droit de la consommation : 699.
- et droit de la concurrence : 257 et s., 700.
- et petit professionnel : 292, 698 et s.

Devoir de conseil : 547 et s.

Draft common frame of reference :

- obligation d'information : 530.

Droit commun des contrats :

- notion (généralités) : 268 et s.
- réforme : 10, 284 et s.
- vocation protectrice : 276.

Droit commun européen de la vente (DCEV) :

- généralités : 486 et s.
- obligation d'information : 541.

Droit de la concurrence :

- évolution : 236 et s.
- et petit professionnel : 263 et s.

Droit de la consommation :

- attraction et extension : 174 et s.
- et droit européen : 480 et s.
- et protection du marché : 44.

Égalité :

- approche critique : 345 et s.
- contractuelle (principe) : 338 et s.
- entre professionnels : 360 et s.
- et abstraction : 6.
- et contractants : 7, 347.

Endettement excessif : 722 et s.

Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée (EIRL) : 448 et s., 646.

Ensemble contractuel indivisible : 276.

Ententes : 249.

Entreprise :

- approche économique : 141 et s.
- approche juridique : 144 et s.
- entreprise de taille intermédiaire (ETI) : 161 et s.
- et droit européen : 152.
- et petit professionnel : 138 et s., 166.
- grande entreprise (GE) : 163 et s.
- micro-entreprise : 154-155.
- petite ou moyenne entreprise (PME) : 156 et s.
- très petite entreprise (TPE) : 154-155.

- F -

Finalités : 329.

Force obligatoire : 280.

Formalisme :

- approche critique : 579 et s.
- définition : 574.
- et clauses-types : 576.
- informatif : 535.
- information préalable : 577.

- I -

Imprévision : 276, 712.

Information :

- diversité : 523.
- obligation d' : *v. ce mot.*

Interprétation *in favorem* :

- en droit commun : 591.
- en droit de la consommation : 592.

- J -

Justice :

- contractuelle : 7, 268, 275.
- justice privée : 745.
- justice sociale : 416 et s.

- L -

Lésion : 682 et s.

Liberté :

- contractuelle : 273 et s., 341.
- d'entreprendre : 411 et s.

Loyauté :

- et petit professionnel : 711.
- obligation de : *v. ce mot.*

- M -

Marché européen : 21, 397, 408-409.

Micro-entrepreneur : 447.

Mode alternatif de règlement des litiges (MARL) :

- arbitrage : *v. ce mot.*
- généralités : 729-730.

- N -

Non-professionnel :

- appréciation et clarification : 78 et s.
- définition : 76 et s.
- et personnes morales : 75.
- et petit professionnel : 67 et s., 86.
- genèse et origine : 70 et s.

Nullité du contrat : 599.

- O -

Obligation :

- d'information (droit commun) : 526 et s.
- d'information (consommation) : 533 et s.
- d'information (concurrence) : 543.
- d'information (et loyauté) : 538.
- d'information (et petit professionnel) : 529.
- d'information (et vente) : 539, 623.
- d'information (notion) : 521 et s.
- de conformité : 557.
- de loyauté : 565 et s., 708 et s.
- de renseignement : 624.
- de sécurité : 559 et s.
- de vigilance : 556.

Office du juge :

- contrôle du contrat : 757.
- et petits litiges : 753.
- et petit professionnel : 758.
- généralités : 748 et s.
- relevé d'office : 762.

Ordre public social : 415 et s.

- P -

Petit professionnel :

- approche fonctionnelle : 451 et s.
- critères : 15, 466, 471 et s., 499.

- définition : 14, 498.
- en difficulté : 380 et s., 716.
- état : 497.
- et droit à la réflexion : 673 et s.
- et droit à l'information : 668 et s.
- et droit européen : 464, 475 et s.
- et justice sociale : 417.
- et structure sociale : 438 et s.
- fonction économique : 397 et s.
- occurrences : 12, 370 et s.
- réception (en droit français) : 492-493.
- responsabilité : v. *ce mot*.
- standardisation : 463.

Plateformes en ligne :

- et professionnel : 114.
- obligation d'information : 540.

Pratiques anticoncurrentielles : 238 et s.

Pratiques restrictives de concurrence :

252 et s.

Prescription :

- de droit commun : 586.
- réduite : 587 et s.

Principes européens du droit des contrats (PEDC – LANDO) :

- clauses abusives : 290.
- généralités : 21.
- obligation d'information : 530.

Principes UNIDROIT :

- bonne foi : 692.
- déséquilibre contractuel : 696.
- généralités : 21.

Producteurs agricoles : 301 et s.

Professionnel :

- activité professionnelle : *v. ce mot.*
- appréciation et clarification : 108 et s.
- critères : 92 et s.
- définition doctrinale : 89 et s.
- définition jurisprudentielle : 96.
- définition légale : 100 et s.
- et entreprise : 99.
- et partie faible : 231 et s., 371 et s.
- et petit professionnel : 87 et s., 98.
- et plateformes en ligne : *v. ce mot.*
- notion (généralités) : 13.
- position : 354 et s.
- professionnel-consommateur : 307 et s.
- professionnel-prestataire : 315 et s.
- professionnel-« sous-traitant » : 320 et s.
- professionnel-vendeur : 313 et s.

Promoteur immobilier : 83.

Propositions de l'étude : 775.

- R -

Rapport direct (critère du) : 198 et s.

- appréciation critique : 207 et s.

- clarification : 202 et s.
- et personnes morales : 204.

Réforme du droit des contrats : *v. Droit commun.*

Règlements d'exemption : 249 et s., 649.

Responsabilité :

- civile (généralités) : 621 et s.
- des hébergeurs Internet : 618.
- des médecins : 616.
- des transporteurs : 617.
- et petit professionnel : 619, 644 et s.

Rétablissement professionnel (procédure de) : 382 et s.

Retards de paiement : 718 et s.

Rupture brutale d'une relation commerciale établie : 261 et s.

- S -**Sanctions :**

- civiles : 599.
- diversité (*de lege lata*) : 598 et s.
- de petit professionnel : 648 et s.
- pénales : 600.
- renforcement (*de lege feranda*) : 605 et s.

Sécurité :

- contractuelle : 278 et s.
- et force obligatoire : 280.
- et petit professionnel : 282.
- juridique : 443.
- obligation de : *v. ce mot.*

***Small Business Act (SBA) européen* : 477**

et s.

Société Civile Immobilière (SCI) :82.

Solidarisme contractuel : 285.

Spécialisation contractuelle : 9.

Syndicats de copropriétaires : 81.

- U -

Unilatéral (pouvoir) :

- fixation unilatérale du prix : 705.
- résolution unilatérale du contrat : 706.

- V -

**Violence économique (vice de) : 296 et s.,
681.**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
Section I : Contexte	4
I. Égalité ou inégalité des contractants ?.....	4
II. Évolutions.....	7
Section II : L'intérêt de l'étude.....	14
I. Existence juridique du petit professionnel.....	15
II. Justification et délimitation	22
III. Enjeux de l'étude	28
Section III : Problématique	30
Section IV : Cheminement.....	34
PARTIE I : LA CATÉGORIE ORIGINALE DE PETIT PROFESSIONNEL	37
TITRE I : LE PETIT PROFESSIONNEL IRRÉDUCTIBLE À L'EXISTANT	40
CHAPITRE I : Le petit professionnel méconnu par les catégories existantes.....	42
Section I : Le petit professionnel et les catégories contractuelles voisines	43
I. Le petit professionnel et le consommateur	44
A. Origine de la notion.....	45
B. Définition du consommateur	51
1. Une définition délicate à appréhender	52
a) En doctrine.....	52
b) En jurisprudence.....	53
2. Une définition aujourd'hui précisée	55
C. Appréciation de la notion	58
II. Le petit professionnel et le non-professionnel.....	61
A. Origine et rôle de la notion.....	61
B. Définition de la notion.....	65
C. Appréciation	66
III. Le petit professionnel et le professionnel.....	75
A. Définition du professionnel	75
1. Une définition par opposition.....	75
2. Les critères de définition avancés.....	77
3. Une définition précisée.....	82
B. Appréciation de la notion de professionnel	87

Section II : Le petit professionnel et les catégories traditionnelles concurrentes.....	97
I. Le petit professionnel et le commerçant	98
A. La notion de commerçant	98
B. Le rapprochement des notions	102
C. L'intérêt du maintien de la distinction	104
II. Le petit professionnel et l'entreprise	106
A. Approche générale.....	107
1. Notion d'abord économique	107
2. Notion de plus en plus juridique.....	109
B. Approche particulière relative à la taille de l'entreprise	114
1. La très petite entreprise ou micro-entreprise	116
2. La petite ou moyenne entreprise.....	117
3. L'entreprise de taille intermédiaire.....	120
4. La grande entreprise	120
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	124
CHAPITRE II : Le petit professionnel insatisfait par les protections existantes	126
Section I : Les tentatives de protection du petit professionnel.....	127
I. Extension du champ consommériste.....	128
A. Débats.....	130
B. Le critère de compétence	132
1. Description et intérêt du critère	132
2. Appréciation du critère	134
C. Le critère des besoins professionnels.....	136
D. Le critère du rapport direct	138
1. Intérêt du critère	139
2. Appréciation du critère	140
3. Critique de l'approche et rejet du critère	142
E. La prise en compte du nouveau critère légal de l'activité professionnelle.....	143
1. Apparition et intérêt du critère.....	144
2. Appréciation du critère	145
F. L'hypothèse spécifique des contrats conclus hors établissement.....	149
II. Abstraction du professionnel partie faible.....	153
A. En droit de la concurrence	156
1. Évolution du droit de la concurrence	156
2. La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles	159
a) La sanction de l'abus de position dominante.....	159
b) La sanction de l'abus de dépendance économique	161
c) Ententes et règlements d'exemption	166
3. La lutte contre les pratiques restrictives	169
a) La sanction de l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné	171

b) La sanction du déséquilibre significatif.....	172
c) La sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie	177
d) Prise en compte de la taille des opérateurs ?	179
B. En droit commun	182
1. Ouverture réservée envers les instruments protecteurs.....	183
a) Le maintien de la liberté contractuelle.....	184
b) La préservation de la sécurité contractuelle.....	188
2. Apparition d'instruments protecteurs dérogatoires.....	192
a) Le contrat d'adhésion	194
b) La lutte contre les clauses abusives et les déséquilibres significatifs	196
c) La lutte contre l'abus de dépendance et la violence économique	198
III. Cas particulier des petits producteurs du secteur agricole.....	202
Section II : L'absence de protection spécifique du petit professionnel.....	205
I. En tant que « professionnel-consommateur ».....	205
II. En tant que « professionnel-professionnel ».....	207
A. Le « professionnel-vendeur »	207
B. Le « professionnel-prestataire ».....	208
C. Le « professionnel sous-traitant ».....	211
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	215
CONCLUSION DU TITRE I.....	215
TITRE II : LE PETIT PROFESSIONNEL AUX CARACTÉRISTIQUES PROPRES	217
CHAPITRE I : L'émergence du petit professionnel dans l'ordre juridique	220
Section I : L'indifférence générale envers le petit professionnel.....	221
I. L'égalité originelle de principe des contractants	222
A. Approche historique	223
B. Remise en cause	224
C. Critiques et réfractaires.....	227
II. Le professionnel considéré comme la partie forte.....	228
A. La supériorité de principe du professionnel	229
1. Explications	229
2. Conséquences	230
B. L'égalité de principe entre professionnels.....	231
C. Supériorité et égalité à transcender.....	232
Section II : Une réalité à prendre en compte.....	234
I. Les manifestations de l'existence du petit professionnel.....	235
A. Le professionnel partie faible en général.....	235
B. Le professionnel dépendant en particulier	236
1. La dépendance du « producteur-fournisseur ».....	237
2. La dépendance du distributeur.....	238
C. Le petit professionnel en difficulté	239

1. Le rétablissement professionnel, approche générale	239
2. Mise en évidence de la protection du petit professionnel	242
II. La rupture avec la notion générale de professionnel	244
A. Une rupture nécessaire	244
1. La fonction économique du petit professionnel	245
a) Entre liberté et protection du petit professionnel	247
b) Entre flexibilité et sécurité garanties au petit professionnel	253
2. L'ordre public social	255
B. Une rupture amorcée	256
CONCLUSION DU CHAPITRE I.	259
CHAPITRE II : La réception progressive du petit professionnel par l'ordre juridique ...	260
Section I : La nature juridique du petit professionnel	261
I. Les caractéristiques du petit professionnel	262
A. Un rapprochement avec les notions de TPE-PME	263
B. Un rapprochement avec la structure sociale	267
1. Le choix de la forme sociale propice au « gros » professionnel	267
2. Le choix de l'entreprise individuelle favorable au petit professionnel ?	270
II. Une approche fonctionnelle	277
Section II : Un essai de définition	281
I. Méthode	281
II. Propositions	286
A. Les critères généraux de nature économique	287
B. Une politique européenne en faveur des petits	289
1. Le « Small Business Act » européen	290
2. Les directives européennes au soutien du mouvement	292
a) Les premières directives européennes, un soutien encouragé	292
b) La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, un soutien renforcé	293
3. La proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente	294
C. Amorce de consécration : une réception du petit professionnel en droit français ?	297
III. La définition du petit professionnel	299
CONCLUSION DU CHAPITRE II.	305
CONCLUSION DU TITRE II.	306
CONCLUSION DE LA PARTIE I.	307
PARTIE II : LA PROTECTION SPÉCIFIQUE DU PETIT PROFESSIONNEL	308
TITRE I : L'AMÉNAGEMENT DES DEVOIRS DU PETIT PROFESSIONNEL	311
CHAPITRE I : Les exigences pesant sur le petit professionnel	313
Section I : Le petit professionnel débiteur d'obligations et de devoirs contraignants	314
I. Obligation d'information et devoir de conseil	315
A. Une obligation d'information multipliée	316

1. Obligation d'information étendue en droit commun	318
2. Obligation d'information renforcée par les droits spéciaux	322
B. Un devoir de conseil en développement	333
II. Obligations de vigilance et de conformité consolidées	338
III. Obligation de sécurité renforcée	343
IV. Obligation de loyauté « accentuée »	347
Section II : Le petit professionnel soumis à un régime contractuel strict	351
I. Les contraintes formelles à la charge du petit professionnel	352
A. Un formalisme accru	353
B. Un formalisme excessif ?	356
II. Les contraintes résultant de la réalisation du contrat	359
A. Un dispositif de prescription défavorable au petit professionnel.....	359
B. Un processus d'interprétation du contrat au détriment du petit professionnel.....	363
III. Des sanctions lourdes à l'encontre du petit professionnel.....	365
A. Présentation des sanctions <i>de lege lata</i>	366
1. Le pullulement des sanctions.....	366
2. Le cumul des sanctions ?	371
B. Vers un renforcement des sanctions <i>de lege feranda</i> ?.....	373
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	375
CHAPITRE II : L'allègement des exigences pesant sur le petit professionnel	376
Section I : Un allègement des obligations inadapté au petit professionnel	377
I. Des allègements spécifiques limités : une protection désordonnée	377
II. Un recours au droit commun critiquable : une protection affaiblie	383
Section II : Un allègement des obligations ciblé en faveur du petit professionnel	388
I. Vers un rééquilibrage des obligations envers le petit professionnel	389
A. Vers un contrôle allégé des obligations du petit professionnel.....	390
B. Vers plus de réciprocité et un cantonnement des obligations du petit professionnel.....	394
II. Vers un allègement de la responsabilité du petit professionnel	396
III. Vers un allègement des sanctions en faveur du petit professionnel	399
IV. Vers une mise en œuvre généralisée des Codes de bonne conduite.....	401
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	405
CONCLUSION DU TITRE I.....	405
TITRE II : L'AMÉNAGEMENT DES DROITS DU PETIT PROFESSIONNEL.....	407
CHAPITRE I : Le renforcement des droits du petit professionnel par des outils substantiels	410
.....	410
Section I : La protection du consentement du petit professionnel	411
I. La protection du consentement par des outils préventifs	412
A. Le droit à l'information du petit professionnel.....	413
B. Le droit à la réflexion du petit professionnel.....	417
II. La protection du consentement par des outils curatifs.....	419

A. Renouveau de la théorie des vices du consentement et petit professionnel.....	419
B. Renouveau de la théorie de l'abus et petit professionnel.....	423
C. Le développement de la bonne foi et le petit professionnel.....	427
Section II : La protection du petit professionnel contre les déséquilibres contractuels	429
I. Petit professionnel et déséquilibre significatif.....	431
II. Petit professionnel et pouvoir unilatéral.....	436
III. Petit professionnel et exigence de loyauté	439
IV. Petit professionnel et lutte contre les « déséquilibres financiers ».....	442
A. Prévention et lutte contre les retards de paiement	443
B. Prévention et lutte contre l'endettement excessif	446
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	449
CHAPITRE II : La préservation des droits du petit professionnel par des outils processuels	
.....	451
Section I : Le petit professionnel et le recours à l'arbitrage.....	453
I. Présentation	453
II. Mise en œuvre	455
III. Critique	457
Section II : Le petit professionnel et le recours au juge	461
I. Vers une place renforcée du petit professionnel en justice	462
II. Vers une extension des pouvoirs du juge au profit du petit professionnel	464
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	470
CONCLUSION DU TITRE II.....	470
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	472
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	473
BIBLIOGRAPHIE.....	481
I – TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET COURS	481
II - OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES	485
III – ÉTUDES, ARTICLES, CHRONIQUES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS.....	497
IV – NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS, RAPPORTS	528
V – ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES ET ARTICLES D'ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES	558
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	561
TABLE DES MATIÈRES.....	568