



**HAL**  
open science

## Questions de méthode : l'articulation du droit commun et spécial à l'épreuve de l'intention du législateur

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Questions de méthode : l'articulation du droit commun et spécial à l'épreuve de l'intention du législateur. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2022, 03, pp.755. halshs-03825516

**HAL Id: halshs-03825516**

**<https://shs.hal.science/halshs-03825516v1>**

Submitted on 4 Sep 2023

**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.

### **Questions de méthode : l'articulation du droit commun et spécial à l'épreuve de l'intention du législateur**

*S. Tisseyre, Clauses abusives : application de l'article 1171 du code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun, D. 2022. 539G. Chantepie, Le déséquilibre significatif réduit à la portion congrue, JCP E 1125 H. Barbier, L'article 1171 du code civil est évincé par les textes spéciaux de lutte contre les clauses abusives, RTD civ. 2022. 124 M. Behar-Touchais, La résolution du conflit de textes sur le déséquilibre significatif. À propos du non-cumul entre l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil, JCP 2022. 494 M. Latina, Les mauvais coups portés par la chambre commerciale de la Cour de cassation à la lutte contre les clauses abusives, RDC 2022. 10 P. Stoffel-Munck, Le cantonnement du domaine de l'article 1171 : un joli coup pour la démocratie ? RDC 2022. 16 J. Julien, Contrôle des clauses abusives : la Cour de cassation précise le champ de l'article 1171 du Code civil par rapport aux dispositifs du Code de commerce et du Code de la consommation, RDC 2022. 103*

Frédéric Rouvière

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

*Laboratoire de théorie du droit*

Si l'arrêt de la chambre commerciale du 26 janvier 2022 (n° 20-16.782, D. 2022. 539, note S. Tisseyre; *ibid.* 725, obs. N. Ferrier; *ibid.* 1419, chron. S. Barbot, C. Bellino, C. de Cabarrus et S. Kass-Danno; RTD civ. 2022. 124, obs. H. Barbier) a suscité de nombreux commentaires ce n'est pas seulement pour sa solution qui soumet de façon résiduelle au code civil l'appréciation des clauses abusives d'un contrat de location financière. C'est aussi, et surtout, parce qu'il pose des questions de méthode.

La première question posée était celle de la portée à accorder à l'intention du législateur et aux travaux parlementaires. Cet argument qui n'a rien d'évident en soi a pourtant été explicitement visé par la Cour de cassation pour justifier sa solution.

La seconde question était celle de la nature du problème juridique en cause. Était-ce avant tout : une question de cumul ou d'option sur fond de conflit de textes ? Une question classique de dérogation du droit spécial par le droit commun ? Ou plus crûment une simple question de politique juridique ? Là encore, des divergences se font sentir dans l'analyse des auteurs.

Premièrement, un désaccord s'élève sur le rôle que doit jouer *l'intention du législateur*. Selon la Cour de cassation, la cause est entendue : l'intention législative est suffisante pour décider de faire prévaloir le code civil en dehors des cas visés par le code de commerce. Hugo Barbier le confirme : « l'intention initiale du législateur était claire » (p. 124) et exprimée dans les travaux parlementaires. Aussi, « la Cour de cassation [...] les pare du caractère contraignant qui leur manquait » (p. 125). Pour aller dans le même sens, Philippe Stoffel-Munck invoque François Geny : le texte est récent et l'intention était « exceptionnellement claire » (p. 17). Ainsi, il fallait la faire prévaloir. Martine Behar-Touchais est du même avis : « ici, l'intention du législateur était si claire, qu'il n'était pas utile de rechercher s'il y avait une antinomie » (p. 793).

En revanche, selon Jérôme Julien, « le but recherché ne peut être officiellement revendiqué pour déterminer le champ d'application des règles » et « cette référence à la *ratio legis* [...] relève peut-être d'une facilité au regard des débats de fond que cette articulation peut susciter » (p. 105). Mathias Latina abonde également en ce sens : « doit-on déduire de l'arrêt du 26 janvier 2022 que les déclarations des rapporteurs ont force de loi ? » (p. 12). Comment expliquer par ailleurs que la Cour de cassation ne respecte pas aussi scrupuleusement l'intention du législateur en matière de droit transitoire ? (p. 11). Gaël Chantepie acquiesce. Pour lui, cette référence à l'intention du législateur « laisse perplexe » (p. 35) « au regard du processus d'élaboration du texte » (p. 36) qui a impliqué une réécriture entre 2016 et 2018 et de nombreux intervenants (car il s'agissait d'une ordonnance).

Ces divergences sont aisées à comprendre. Depuis longtemps, l'interprétation au regard de l'intention du législateur n'a jamais été un argument qui s'impose par son évidence (*Pro* : M. Couderc, *La difficile parole du législateur*, D. 1977, chr. XXIV. 183 ; *contra* : H. Capitant, *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, DH 1935. 77). Elle peut d'ailleurs être multiple et s'affranchir des travaux préparatoires pour se fonder sur la finalité du texte (téléologie) voire sur un législateur idéalement rationnel ce qui exclut les conséquences absurdes (v., dans cette chron., RTD civ. 2017. 944).

Néanmoins, ce qui interroge ici est que les travaux préparatoires sont traités par la Cour de cassation, approuvés en cela par certains auteurs, comme s'il s'agissait de textes contraignants. Or, même clairs, les travaux préparatoires au sens large ne sont qu'une opinion qui n'a pas une valeur plus éminente que celle d'autres interprètes. C'est particulièrement vrai si l'on considère que les juges ont le monopole de l'interprétation authentique au sens kelsenien du terme, à savoir le pouvoir de décider du sens qui devra normativement s'imposer. A cet égard, les juges n'ont pas à se soumettre à l'avis du législateur. Le propre du droit réside dans la discussion savante et non dans le fait d'atteindre des objectifs politiques.

C'est bien ce que d'importants travaux de théorie du droit au <sup>e</sup>XXXX siècle se sont évertués à montrer.

Ronald Dworkin a expliqué que le législateur adopte des textes et non des objectifs. Dès lors ce sont d'abord les règles écrites qui servent de référence puis éventuellement les principes sous-jacents qui servent d'arguments sans se confondre avec des justifications issues de visées politiques (R. Dworkin, *Hard Cases*, Harvard Law Review 1975, vol. 88, n° 6, p. 1058-1059).

Frederick Schauer a quant à lui insisté sur l'importance du texte. Celui-ci n'est pas la traduction de la pensée du législateur mais une règle propre et autonome (F. Schauer, *Penser en juriste*, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2018, p. 182 s.). Enfin, côté français, François Geny a souligné que le recours à la volonté du législateur se justifie surtout l'hypothèse d'une lacune des textes (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, t. 2, 1954, n° 174, p. 173). Or en l'espèce nous étions plutôt dans un problème d'articulation et d'harmonie des textes comme nous le verrons plus bas.

Au-delà de cet aspect, l'intention du législateur doit en effet surmonter de nombreux obstacles pour servir pleinement d'argument.

Ainsi, pourquoi faire prévaloir ici l'opinion du rapporteur au Sénat plutôt que celle d'un autre acteur ? (G. Chantepie, p. 35-36).

De même, pourquoi le législateur serait forcément l'interprète de la loi ? Même en théologie où Dieu est la source de la loi, il n'a plus forcément son mot à dire sur le sens de son propre texte (R. Draï, « La Torah du ciel » et « la Torah sur terre ». À propos des enseignements de Rabbi Nah'man de Bratslav et de Rabbi Khalifa Guedj, *Pardès* vol. 51, n° 1, 2012, p. 101 s.). Ferions-nous de notre législateur un Dieu laïque plus éminent encore que celui des religions ? Voilà qui serait curieux et paradoxal.

À nos yeux, la référence à l'intention du législateur pourrait même être une erreur de catégorie. Nous l'avons déjà dit : ici, les textes n'étaient pas lacunaires mais surabondants. Aussi, en l'espèce, la référence à l'intention du législateur s'apparente au refus de régler un problème d'harmonisation des textes. Or, sur ce point, les considérations politiques n'ont que peu de rôle à jouer. Les critères sont avant tout logiques. Ils reposent sur la cohérence : le savoir juridique prévaut (G. Chantepie, p. 36). Penser le contraire, c'est ne plus pouvoir distinguer à terme entre le politique et le juridique. Le juge deviendrait un administrateur comme les autres, c'est-à-dire appliquant les instructions d'un supérieur, trouvé ici dans la figure du législateur. Ce serait une étrange façon de ressusciter un référé législatif pourtant abandonné depuis 1837.

Contre cette réduction de l'acte de juger à une décision de gestion et de soumission au politique, nous plaillons au contraire pour la détermination savante du champ d'application des textes.

C'est bien là notre deuxième question tenant à la détermination du champ d'application des textes. Elle conduit à identifier *la nature du problème juridique* en cause. La divergence est ici sans doute encore plus aiguë que sur le point précédent.

Pour Martine Behar-Touchais, il s'agit d'un cas explicite de conflit de texte qui pose la question de leur cumul ou non-cumul (p. 789). En somme, c'est une question similaire à celle qui se pose dans un concours d'actions comme celui de la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle. Gaël Chantepie vise également cette hypothèse de cumul ayant pour corollaire une option (p. 34).

Si, de façon générale, l'idée s'impose parmi les auteurs que le droit spécial déroge au droit commun, sa mise en oeuvre fait l'objet de nettes hésitations. Certains pensent qu'il faudrait d'abord identifier une antinomie (M. Behar-Touchais, p. 790 ; M. Latina, p. 12), ou au moins une concurrence qui ne disparaisse pas si l'on opte pour une application distributive des textes (J. Julien, p. 104-105). Une autre opinion est que les champs d'application devraient être strictement identiques pour que l'adage *specilia generalibus derogant* puisse s'appliquer (S. Tisseyre, p. 542).

Une autre analyse consiste à soutenir que le choix « relève davantage de la politique juridique que de la nécessité technique » (P. Stoffel-Munck, p. 16). En bref, les considérations savantes devraient s'effacer devant un choix d'opportunité.

Contre ce dernier point de vue, nous ferons valoir que si le droit baigne évidemment dans la politique, il ne s'y réduit pas. L'existence de motifs politiques ne rend pas le droit politique (v., à ce sujet, cette chron. RTD civ. 2018. 526).

La difficulté de l'articulation des textes est précisément technique. Elle résulte d'un manque de clarté conceptuelle dans le critère qui fixe l'application prioritaire du droit spécial.

D'ailleurs, les auteurs ne manquent pas de relever un paradoxe : le droit commun, valeur de référence, se voit pourtant relégué à une application résiduelle et subsidiaire afin de combler les interstices laissés vacants par le droit spécial (G. Chantepie, p. 36 ; M. Latina, p. 11). On parle même d'un droit « très spécial » qui pourrait écarter un autre droit spécial mais sans supprimer « la vocation générale de la théorie des contrats » (M. Behar-Touchais, p. 794).

Ceci montre que le problème méthodologique à traiter n'est pas parfaitement clair. En effet, il est possible de distinguer plusieurs façons de coordonner le droit commun et le droit spécial.

Dans un premier cas de figure, les champs d'application peuvent être distincts : les catégories sont alors indépendantes les unes des autres (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. « Thémis », 3<sup>e</sup> éd., 2018, p. 130). L'harmonisation ne se fait pas par dérogation du spécial au général mais par distinction des champs d'application. Au fond, c'est ici ce que la Cour de cassation semble avoir fait sans le dire. Elle a considéré que les contrats de location financière ne rentraient pas dans le champ d'application du texte spécial du code de commerce ce qui, *a contrario*, ouvrait la voie à l'application du code civil. Le problème est que les juges paraissent avoir traité un problème d'harmonisation comme un problème de lacune. Il y aurait alors une erreur sur le type de problème à résoudre.

En effet, la précédente façon de raisonner est trop rapide, voire trompeuse. On ne peut évincer le fait que le code civil a son propre champ d'application, déterminé par la qualification de contrat d'adhésion. Pour que les clauses abusives soient sanctionnées il faut être en présence d'un contrat d'adhésion, outre le fait que la clause ne doit pas être négociable (C. civ., art. 1171).

En raisonnant de la sorte, il faut également se demander quel est le champ d'application du code de la consommation. Car c'est bien le problème. Celui-ci use d'un critère différent, tiré de la personne du consommateur. On n'utilise donc plus un critère *ratione materiae* (le contrat d'adhésion) mais bien *ratione personae* : il faut une relation entre un non-professionnel et un professionnel (S. Tisseyre, p. 542). Ce critère paraît se surajouter à celui du contrat d'adhésion et justifier lui aussi la dérogation au titre du droit spécial.

Il y a pourtant encore une autre façon d'aborder le problème, à savoir par l'incompatibilité ou l'identité des régimes (F. Rouvière, Le revers du principe « différence de nature(égale) différence de régime, *Mélanges Bergel*, Bruylant, 2013, p. 415). En effet, si dans le cas du code civil et du code de la consommation les sanctions sont identiques (clause réputée non-écrite), il n'en va pas de même avec le code de commerce qui prévoit seulement la nullité de la clause et surtout que la responsabilité du co-contractant puisse être engagée. Ces actions sont donc explicitement soumises à la prescription et à la compétence exclusive des tribunaux de commerce quand les actions issues des autres codes sont traitées comme imprescriptibles *via* la fiction du non-écrit. La différence de régime est patente.

Aussi, si les régimes sont identiques, le droit commun, en tant que modèle, devrait céder la place aux textes régissant des hypothèses plus précises. À la rigueur, on peut même se demander si en ce cas on ne retrouve pas une authentique dérogation du type « genre-espèce » en raison du fait que les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur sont forcément une sous-distinction des contrats d'adhésion. A-t-on en effet jamais vu un consommateur rédiger le contrat ? Ainsi, de la même façon que la vente ou le bail viennent enrichir le droit commun du contrat, le code de la consommation le ferait au regard de la notion de contrat d'adhésion.

Pour résumer, nous sommes donc en présence d'au moins deux grandes figures du droit spécial.

Dans la première figure, le droit spécial est d'application autonome puisque la catégorie n'a pas de lien conceptuel avec la catégorie générique. Les catégories sont indépendantes. Le cumul est alors la règle. Chaque catégorie trouve à s'appliquer dans son domaine propre et par ses propres critères.

Dans la seconde figure, le droit spécial est d'application dérogatoire puisque les catégories sont hiérarchisées. Cette fois, le spécial est une sous-distinction au sein d'un genre plus général. Le spécial est alors littéralement une espèce, comme le sont par exemple les contrats spéciaux au regard du concept de contrat.

Cette hiérarchisation peut alors jouer deux fonctions : ou bien celle d'une harmonisation en évitant que deux règles différentes s'appliquent au même cas (hypothèse classique de la dérogation qui évite une antinomie) ou bien celle de la complétude en renvoyant au droit commun tout ce qui n'est pas traité par le droit spécial (hypothèse de l'application subsidiaire des règles).

En invoquant l'intention du législateur, la Cour de cassation a traité la question comme relevant de la fonction de complétude alors qu'elle relevait en réalité de la fonction d'harmonisation. En analysant cette solution, les auteurs se sont fait l'écho de cette confusion des problèmes. Ils ont vu le spécial comme relevant d'une application autonome ou bien comme une sous-distinction d'un genre plus vaste.

Essayons alors de dénouer patiemment ces nœuds conceptuels.

Typiquement, dans cette hypothèse, le droit de la consommation est autonome au regard du droit civil. Le critère qu'il utilise est celui de la qualité de la partie contractante (*ratione personae*) et non celui du type de contrat (*ratione materiae*). Ces critères n'ont aucun point commun et fonctionnent de façon indépendante.

En revanche, le code de commerce, dans son ancienne rédaction applicable à l'espèce, visait « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers ». (C. com. anc. art. L. 442-6). Ce critère *ratione personae* ouvrait la voie à une alternative : ou bien nous étions en présence d'un consommateur, ou bien nous étions en présence d'un professionnel. Et, parmi ces derniers, il pouvait s'agir de producteur, commerçants, etc. Mais si

nous n'étions ni dans un cas ni dans l'autre, le droit commun devait-il s'appliquer pour autant ?

À dire vrai, rien n'est moins sûr. En effet, le critère *ratione materiae* tiré de l'existence d'un contrat d'adhésion reste totalement indépendant du critère *ratione personae*. Il pourrait donc y avoir cumul du code civil et du code de commerce.

La conclusion est que le texte du code de commerce est spécial au sens « d'autonome » et que l'application du code civil n'est pas subsidiaire mais possède, elle aussi, son propre champ d'application délimité par la notion de contrat d'adhésion. Or le contrat de location financière n'en est pas forcément un.

On en revient aux leçons tirées d'une réflexion sur le jeu des conditions nécessaires et suffisantes. Celles qui sont strictement nécessaires déterminent à elles seules le champ d'application d'un texte (v. cette chron., RTD civ. 2022. 242).

En effet, certaines conditions sont nécessaires sans être suffisantes. Le code de commerce posait comme condition nécessaire un critère tiré de la personne du contractant. Faute de cette condition, le texte ne peut pas s'appliquer. Ce n'est donc pas un problème de lacune mais de champ d'application du texte. Cette condition est toutefois indépendante de celle de contrat d'adhésion : il n'y a pas de lien nécessaire entre les deux. En d'autres termes, la qualité de consommateur ou de commerçant n'est pas une sous-distinction du genre « contrat d'adhésion ».

Apparaît alors en pleine lumière la source des difficultés discutées : *le champ d'application* a été confondu avec *les conditions de mise en œuvre* de la catégorie.

La clause abusive est celle créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. C'est une condition de mise en œuvre commune aux trois régimes : civiliste, commercialiste et consumériste. Il y a certes un point commun puisqu'il existe une même définition dans les trois codes concernés.

Mais de cette identité de définition, il *ne s'infère pas* que les textes aient le même champ d'application !

Un point commun tiré des conditions de mise en œuvre n'est pas à lui seul pertinent. Pour le dire autrement, l'existence d'une même modalité d'application (les critères de la clause abusive) ne dit rien sur la nécessité de réunir d'autres conditions nécessaires et préalables pour la déclencher.

Au fond, tout le problème est là. Il est bien conceptuel. Il est bien technique. Il réside dans la détermination de la possibilité de combiner ou non les catégories.

La différence de régime, si faible soit-elle, implique en amont une différence de champ d'application qui la justifie. L'intention du législateur n'a en définitive rien à faire dans cette histoire. Le souhait politique n'est précisément qu'un souhait : il ne saurait mettre de côté les exigences de cohérence et d'articulation des qualifications (A. Amaya, *Legal Justification by Optimal Coherence*, Ratio Juris, 2011, vol. 24, n° 3, p. 304 s.).

Les politiques créent du droit mais n'en font pas. La détermination correcte du problème juridique en cause est plus que jamais l'enjeu d'une application raisonnée des textes par les juges. Elle permet de ne pas confondre le droit avec la politique ni le savoir avec le pouvoir. C'est une vraie question de méthode.