

UNIVERSITE PARIS-SUD (PARIS-SACLAY)

Faculté Jean Monnet – UFR Droit, Economie, Gestion

Année universitaire 2016 - 2017

L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION
ET L'OFFICE DU JUGE

Mémoire de Master 2 recherche
Droit Privé Fondamental

Présenté par
Madame Caroline JATTEAU

Sous la direction de

Monsieur le professeur Yves-Marie SERINET

« L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur. »

Table des matières

<u>Liste des abréviations</u>	5
INTRODUCTION	6
Titre 1 - La reconnaissance progressive du rôle actif du juge dans le domaine de l'ordre public de protection	10
Chapitre 1 - La réticence traditionnelle à l'admission d'un « juge providence »	11
Section 1 - Le « juge des temps nouveaux » du nouveau Code de procédure civile.....	11
Paragraphe 1 - La maîtrise du droit par le juge.....	11
A - Le pouvoir de relever d'office des moyens de droit.....	11
B - La nature de l'office du juge débattue.....	12
Paragraphe 2 - Une tendance traditionnelle à la protection de la partie faible.....	14
A - Une protection du salarié accrue par l'office du juge.....	14
B - L'absence d'unanimité en jurisprudence.....	15
Section 2 - Le refus du rôle actif du juge par la Cour de cassation en matière d'ordre public de protection.....	17
Paragraphe 1 - La négation du relevé d'office d'une nullité relative.....	17
A - Le refus de principe du relevé d'office d'une nullité relative.....	18
B - La manifestation de volonté de la personne protégée comme tempérament.....	19
Paragraphe 2 - La justification du refus de principe du relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection.....	20
A - La théorie du « droit de critique ».....	20
B - La limite nécessaire aux effets pervers de la protection de la partie faible.....	22
Chapitre 2 - Le déclin des limites prétoriennes à l'office du juge en droit de la consommation	24
Section 1 - La vision dynamique de l'office du juge par la Cour de justice de l'Union européenne.....	24
Paragraphe 1 - Pour une reconnaissance du pouvoir de relever d'office un moyen d'ordre public de protection.....	24
A - Le relevé d'office en matière de clauses abusives.....	24
B - Le relevé d'office en matière de crédit à la consommation.....	26
Paragraphe 2 - Pour une extension de la nature de l'office du juge en matière de clauses abusives.....	27
A - L'obligation de relever d'office une clause abusive.....	28
B - L'obligation de relever d'office les éléments permettant de caractériser une clause abusive.....	29
Section 2 - L'office du juge renforcé en droit interne dans le domaine du droit de la consommation.....	31
Paragraphe 1 - La reconnaissance légale de la faculté pour le juge de relever d'office une disposition protectrice du consommateur.....	31
A - La nécessaire réforme du Code de la consommation.....	31
B - L'abandon de la distinction ordre public de direction - ordre public de protection en droit de la consommation.....	33
Paragraphe 2 - La reconnaissance légale de l'obligation de relever d'office des moyens d'ordre public de protection.....	35
A - L'obligation de relever d'office une clause abusive admise en droit interne.....	35

B – L’extension de la protection du consommateur par la jurisprudence de la Cour de cassation.....	36
--	----

Titre 2 – Les limites à l’office du juge en matière d’ordre public de protection : une dérogation partielle aux principes directeurs applicables au procès civil.....38

Chapitre 1 – L’interprétation large du principe dispositif.....39

Section 1 – Les divergences doctrinales quant au respect du principe dispositif.....39

Paragraphe 1 – La thèse favorable au relevé d’office.....39

A – L’absence d’atteinte à l’immutabilité du litige.....39

B – L’absence d’atteinte à la neutralité du juge.....41

Paragraphe 2 – La thèse défavorable au relevé d’office.....42

A – L’atteinte à l’immutabilité du litige.....42

B – L’atteinte à la neutralité du juge.....44

Section 2 – L’ « autosaisine » du juge.....45

Paragraphe 1 – La non-application du relevé d’office de l’article 12 du Code de procédure civile aux dispositions du Code de la consommation.....45

A – Une différence de domaine.....46

B – Une différence de finalité.....47

Paragraphe 2 – L’éviction du principe dispositif aux fins de protection de la partie faible.....48

A – L’éviction par la jurisprudence européenne.....48

B – L’éviction par la loi.....49

Chapitre 2 : L’exigence constante du respect du principe du contradictoire.....51

Section 1 – Le respect de la contradiction comme limite absolue au relevé d’office d’un moyen d’ordre public de protection..... 51

Paragraphe 1 – Limite reconnue au niveau européen.....52

A – La condamnation européenne du procédé de « moyen dans la cause ».....52

B – L’affirmation du respect de la contradiction en cas de relevé d’office d’une disposition du Code de la consommation..... 53

Paragraphe 2 – Limite conforme au droit interne.....54

A – Le respect du contradictoire par le juge en cas de relevé d’office de moyens de droit.....54

B – Le respect du contradictoire par le juge en cas de relevé d’office d’une disposition consumériste..... 56

Section 2 – La nécessité du respect du principe du contradictoire en matière de relevé d’office d’un moyen d’ordre public de protection.....57

Paragraphe 1 – L’objet de l’ordre public de protection assuré.....57

A – La possibilité d’opposition du consommateur.....58

B – Une limite conforme à l’objectif poursuivi par l’ordre public de protection.....58

Paragraphe 2 – L’égalité des armes garantie.....60

A – L’apparente rupture de l’égalité des armes par l’intervention du juge.....60

B – Le respect du principe du contradictoire comme preuve du respect de l’égalité des armes..... 61

CONCLUSION..... 63

BIBLIOGRAPHIE..... 65

Liste des abréviations

Art.	Article
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)</i>
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. civ.	Cour de cassation, chambres civiles (1 ^{re} , 2 ^e et 3 ^e)
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (anciennement CJCE)
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
C. cons.	Code de la consommation
CPC	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
D.	Décret
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JCP	JurisClasseur périodique
L.	Loi
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
n°	Numéro
not.	Notamment
obs.	Observation
p.	Page
par ex.	Par exemple
Préc.	Précité
PUF	Presses universitaires de France
t.	Tome

v. Voir

INTRODUCTION

Appréhender les rapports entre l'ordre public de protection et l'office du juge conduit, en premier lieu, à s'interroger sur la notion même d'ordre public.

La notion d'ordre public est probablement l'une des notions juridiques les plus difficiles à définir car elle « *emprunte une partie de sa majesté au mystère qui l'environne* »¹. Bon nombre d'auteurs ont tenté de la définir et, ainsi, Monsieur MALAURIE a recensé plus de vingt définitions, sans pour autant constater que l'une d'entre elles était satisfaisante. Il en a tout de même proposé une, souvent reprise : « *l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* »². Pour de nombreux auteurs, c'est la notion d'intérêt général qui pourrait rendre le mieux compte de ce qu'on veut introduire dans l'ordre public. La notion d'ordre public est donc une notion variable, relative dans le temps et l'espace : c'est tout ce que le législateur estime essentiel, à un moment donné, pour soit l'imposer, soit l'interdire. Cette variabilité de l'ordre public justifie la tentation de la doctrine de trouver une division bipartite, voire tripartite, en rapport avec sa fonction.

Tout d'abord, il a été dégagé un ordre public dit « traditionnel » qui porte une coloration politique ou morale et tend à la défense de l'Etat, de la personne humaine et de la famille³. Plus tard, sous l'effet des mutations substantielles de la société, un ordre public économique et social a vu le jour. L'ordre public économique peut être défini comme l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat. Il a été distingué de l'ordre public politique par le Doyen RIPERT⁴. Cet ordre public économique a fait l'objet d'une scission entre ordre public de direction et ordre public de protection, parfois appelé « ordre public social »⁵. Cette dualité de l'ordre public

1 R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909, p. 302

2 Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, 1953, thèse, Paris, p. 69

3 F. Eudier, *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Université de Rouen, 1994, p. 2

4 G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in Mélanges F. Génys, t. II, LGDJ, 1934, p. 347 et suivants

5 J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 13e éd., 2008, n° 297

économique s'est imposée progressivement. Ainsi, Monsieur JAPIOT distinguait l'« ordre public supérieur » qui visait les textes purement prohibitifs et tendait à la sauvegarde des intérêts généraux de la collectivité, de l'« ordre public inférieur » qui avait pour objectif la défense d'intérêts variés⁶. Mais les termes-mêmes d'*ordre public de direction* et d'*ordre public de protection* viennent du Doyen CARBONNIER qui a développé cette distinction⁷. L'un et l'autre ont pour but d'encadrer la liberté contractuelle des parties, mais n'ont pas la même finalité.

Ainsi, l'ordre public de direction a pour effet la défense des intérêts supérieurs de la collectivité, il vise à organiser les rapports économiques, conformément à l'intérêt général, au besoin contre les intérêts particuliers. Il s'illustre notamment en droit de la concurrence⁸. Quant à l'ordre public de protection, il serait attaché à la défense impérative d'intérêts particuliers, et plus précisément des intérêts de l'une des parties, jugée faible, c'est-à-dire le consommateur, le salarié ou le profane⁹. L'ordre public de protection s'illustre donc dans des contrats où il existe une inégalité entre les parties. Il protège un intérêt particulier contre les atteintes que, au nom de la liberté contractuelle, un autre intérêt particulier pourrait lui infliger. Le droit de la consommation l'illustre.

La distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection correspond donc à une classification pratique afin de mieux cerner le contenu de l'ordre public. Le critère de distinction proposée par la doctrine a été de se référer à « *l'objectif principalement poursuivi par le législateur* »¹⁰. Or, aucune disposition ne poursuit uniquement le souci de la protection d'un contractant en étant indifférente au souci d'organisation des relations économiques. Dès lors, cette distinction ne rend pas vraiment plus claire la notion d'ordre public, celle-ci étant mouvante et réversible. Ainsi, si l'on prend comme exemple le droit de la consommation, au premier abord il semble participer à l'ordre public de protection, néanmoins il n'est pas stable ni attaché de manière intangible à cet ordre public. Le rôle du juge n'est d'ailleurs pas anodin dans cette porosité de la frontière entre les deux ordres publics économiques. Accorder au

⁶ R. Japiot, *op. cit.*, p. 307 et s.

⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 1990, PUF, n° 70 et 71

⁸ J.-B. Seube, *La loi du 6 juillet 1989 : ordre public de protection ou ordre public de direction ?*, *Revue des contrats*, 2009, n°1, p. 165

⁹ G. Pignarre, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats* 2013, n°1, p. 251

¹⁰ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op.cit.*, n°298

juge un rôle actif dans le relevé d'office de moyen d'ordre public de protection n'entraînerait pas un passage vers un ordre public de direction selon le « *principe des vases communicants* »¹¹ ? L'office du juge a donc son importance lorsqu'il est question d'ordre public de protection.

L'office du juge a pu être défini de façon générale comme « *l'ensemble des pouvoirs et des devoirs qui sont attribués au juge et qui servent de cadre à son activité* »¹². L'étendue de l'office du juge dépend de la conception du procès civil, de la façon de juger, retenue dans un système juridique donné. Les auteurs opposent traditionnellement la procédure accusatoire, dans laquelle le litige est la chose des parties et le juge n'a qu'un rôle d'arbitre, et la procédure inquisitoire dans laquelle le juge dispose de pouvoirs étendus dans la recherche de la vérité objective. Dans ce système, le juge peut modifier la matière litigieuse afin de parvenir à l'objectif recherché, l'application de la loi, sous réserve du respect du principe du contradictoire. En France, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile le 1^{er} janvier 1976¹³, le juge s'est vu attribuer un pouvoir d'initiative plus grand. L'article 3 du Code de procédure civile affirme qu'il a la direction de l'instance et l'article 12 lui confère la maîtrise du droit applicable au litige. Ainsi, « *au « juge arbitre » n'est-il pas alors substitué un « juge providence* »¹⁴ chargé de dévoiler la vérité aux « *justiciables assistés* » ? »¹⁵.

Avec l'accroissement de l'office du juge, la difficulté a alors été son rôle en matière d'ordre public de protection. En effet, l'ordre public de protection a, on l'a vu, une finalité particulière qui est la protection d'une catégorie de contractants, et de la distinction « ordre public de direction – ordre public de protection » découle la théorie du droit de critique¹⁶. Ainsi, le contrat violant une règle de droit relevant de l'ordre public de protection est nul d'une nullité relative et la violation dans le contrat d'une règle de droit relevant de l'ordre public de direction doit être sanctionnée par une nullité

11 G. Pignarre, *op. cit.*, p. 251

12 F. Eudier, *op. cit.*, p.4

13 Date d'entrée en vigueur du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975

14 Selon l'expression de Monsieur NORMAND (J. Normand, *Le juge et le litige*, préface de R. Perrot, thèse LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 65, 1965, n°110)

15 F. Eudier, *ibid.*, p.11

16 Selon l'expression de Monsieur JAPIOT : R. Japiot, thèse *op. cit.*

absolue. Dès lors, dans le domaine de l'ordre public de protection, il est reconnu que le droit de critique est réservé à la personne que la loi entend protéger, à l'exclusion des autres et donc, *a priori*, du juge. C'est pourquoi l'office du juge a posé problème dans ce domaine, et non dans celui de l'ordre de direction où la méconnaissance de la disposition peut être relevée par tout intéressé, le juge pouvant en faire partie. Mais en cas de manquement à une disposition relevant de l'ordre public de protection, si le contractant protégé ne fait pas état de la violation de la règle édictée en sa faveur, le juge peut-il se substituer à lui et relever d'office l'illicéité de la situation juridique ? Est-ce la vision du rôle du juge voulue par le Code de procédure civile ?

Ces interrogations conduisent donc à se demander en quoi l'office du juge est-il appréhendé de manière particulière en matière d'ordre public de protection, afin de garantir sa mise en œuvre ?

En matière d'ordre public de protection, le rôle actif du juge a fait l'objet d'une reconnaissance progressive en droit interne (Titre 1). Et du fait de la finalité particulière de cet ordre public, la reconnaissance de ce rôle actif s'est faite au détriment de la conception traditionnelle des principes directeurs applicables au procès civil. Les limites à cet office du juge en matière d'ordre public de protection sont en effet réduites, la dérogation aux principes directeurs n'étant néanmoins que partielle (Titre 2).

Titre 1 - La reconnaissance progressive du rôle actif du juge dans le domaine de l'ordre public de protection

L'article 12 alinéa premier du Code de procédure civile définit l'office du juge, son *officium*, c'est-à-dire son devoir : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Il peut donc relever d'office les moyens de droit non invoqués par les parties, ce pouvoir n'ayant pas disparu avec l'annulation de l'alinéa 3 de l'article 12 par le Conseil d'Etat. Néanmoins, la jurisprudence a, pendant un temps, été réticente au relevé d'office par le juge d'un moyen d'ordre public de protection, celui-ci n'ayant pas traditionnellement le rôle de « *juge providence* »¹⁷ (Chapitre 1).

Ce n'est que récemment, sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁸, que le juge s'est vu reconnaître un rôle actif dans le domaine de l'ordre public de protection (Chapitre 2).

¹⁷ Selon l'expression de Monsieur NORMAND. *Op. cit.*

¹⁸ La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est devenu la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 (traité signé le 13 décembre 2007 puis ratifié par les 27 chefs d'Etat (ou de gouvernement) des Etats membres de l'Union européenne

Chapitre 1 - La réticence traditionnelle à l'admission d'un « *juge providence* »

Avec l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile en 1976, le juge s'est vu reconnaître des pouvoirs élargis. Monsieur LAGARDE a pu parler d'un « *juge des temps nouveaux* »¹⁹. Ainsi, *a priori*, la loi n'empêchait pas le juge d'intervenir en matière d'ordre public de protection par son relevé d'office (Section 1).

La Cour de cassation a néanmoins refusé d'accorder un tel pouvoir au juge (Section 2).

Section 1 - Le « juge des temps nouveaux » du nouveau Code de procédure civile

L'article 12 du Code de procédure civile pose que le juge a la maîtrise du droit (Paragraphe 1). Ce dernier a donc usé de ce pouvoir, pendant un temps, pour soulever d'office une règle d'ordre public de protection et venir au secours de la partie faible au contrat (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - La maîtrise du droit par le juge

Si, conformément à l'article 12 du Code de procédure civile, le juge a le pouvoir de relever d'office des moyens de droit (A), la nature de cet office a longtemps été débattue (B).

A – Le pouvoir de relever d'office des moyens de droit

Avant 1976, pour savoir si le juge avait le pouvoir de relever d'office un moyen de droit fondé sur une règle d'ordre public de protection, la jurisprudence se fondait, tout d'abord, sur la distinction substantielle entre nullité relative et nullité absolue. Tandis que la nullité relative ne pouvait être prononcée qu'à la demande de la personne

¹⁹ X. Lagarde, « Office du juge et ordre public de protection », La Semaine Juridique Edition Générale n°15, 2001, doct. 312

protégée, la nullité absolue pouvait être relevée d'office par le juge, à condition toutefois qu'elle touche à l'ordre public²⁰. Ensuite, les solutions jurisprudentielles se fondaient sur des conditions procédurales, le principe d'immutabilité du litige ayant conduit la Cour de cassation à limiter le pouvoir du juge en exigeant que la nullité ait été demandée²¹. Le relevé d'office des moyens d'ordre public de protection n'était donc pas possible et les sanctions, notamment, du droit de la consommation ne pouvaient être prononcées par le juge.

Suite à l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile, la question a été renouvelée, ce dernier ayant supprimé toute référence à la notion d'ordre public et le juge ayant vu son office renforcé. Le juge s'est en effet vu reconnaître de larges pouvoirs, notamment celui de relever d'office des moyens de droit, c'est-à-dire le fondement juridique²², et de prendre en considération l'ensemble des faits du débat, y compris ceux non spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions²³. L'office du juge n'est finalement limité que par, d'une part, le principe dispositif qui fait interdiction au juge de se saisir lui-même de nouvelles prétentions en se prévalant de sa connaissance personnelle et, d'autre part, le principe du contradictoire qui contraint le juge à soumettre ses initiatives à la discussion préalable des parties.

C'est ainsi que, logiquement, ce « *juge des temps nouveaux* » a appliqué des dispositions relevant de l'ordre public de protection. En effet, les articles 12 alinéa premier et 16 alinéa 3 du Code de procédure civile ne font aucune distinction entre les moyens de droit susceptibles d'être relevés d'office par le juge. Il peut donc soulever d'office tout moyen de droit, à condition que ce moyen soit fondé sur des faits présents dans le débat et que le principe du contradictoire soit respecté, conformément aux articles 7 alinéa premier et 16 alinéa 3 du Code de procédure civile²⁴.

B – La nature de l'office du juge débattue

²⁰ Cass. civ., 22 novembre 1887, DP 1889, 1, 26 ; TGI Paris, 8 novembre 1973, D. 1974, somm., p. 3

²¹ Civ., sect. com., 7 déc. 1954, D. 1955, 110, n. Crémieux

²² Art. 12 CPC

²³ Art. 7 CPC

²⁴ F. Eudier, note sous. Cass. com., 3 mai 1995, D. 1997, Jur. 124, p. 125

Pour déterminer l'étendue de l'office du juge, la doctrine civiliste a raisonné en termes de caractère de la nullité. Au contraire, les processualistes se sont appuyés sur la distinction entre moyens de fait, c'est-à-dire les faits spécialement allégués par un plaideur pour fonder ou critiquer une prétention, et moyens de droit, c'est-à-dire le fondement de la demande. Alors que le juge a l'obligation de soulever d'office un moyen de pur droit, il n'a qu'une simple faculté de soulever d'office un moyen de pur fait ou mélange de fait et de droit, sous réserve du respect du principe dispositif et du principe du contradictoire²⁵.

Le moyen de pur droit, non défini par les textes, est celui qui ne nécessite l'appréciation d'aucun fait. On parle de moyen de pur droit lorsque le moyen trouve son assise dans les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions pour dégager la règle applicable, et qui ont été débattus devant les juges du fond. Le relevé d'office d'un moyen de pur droit ne modifie pas l'aspect du litige. Au contraire, le moyen est dit mélangé de fait et de droit lorsqu'il se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce exigerait la mise en œuvre de faits du débat qui ne sont pas des faits litigieux. Il s'agit du moyen qui apparaît dans le dossier mais ne fait pas partie des moyens avancés par les plaideurs dans leurs conclusions au soutien de leurs prétentions²⁶. C'est en se fondant sur cette distinction que Monsieur CADIET a relevé que le moyen tiré de la méconnaissance d'une règle d'ordre public de protection constitue un moyen de pur droit, dès lors le juge peut le relever d'office en application de l'article 12 du Code de procédure civile²⁷.

Le débat doctrinal se focalisait ainsi sur le critère de distinction du moyen de pur droit et du moyen mélangé de fait et de droit. Cette distinction a été écartée depuis un arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007, par lequel la Cour de cassation est revenue à la lettre du Code de procédure civile²⁸. Elle constate que l'article 12 alinéa 2

25 J. Moury, *le moyen de droit à travers les articles 12 et 16, NCPC*, thèse Paris II, 1986, p. 56 à 98 (moyen de droit et moyen de fait)

26 Cass. 2e civ., 22 févr. 1978, Bull. civ., II, n° 76

27 L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec 2e éd. 1998, n° 1133, p. 487 : « le juge doit donc relever d'office les moyens de droit qui lui paraissent applicables au litige, que ces moyens soient d'ordre public ou qu'ils ne le soient pas. c'est parce qu'ils sont des moyens de droit qu'ils sont obligatoires à l'égard du juge saisi, non parce qu'ils sont d'ordre public, cette qualification excluant seulement le pouvoir des parties d'en disposer. Cette obligation est imposée par la nature même de l'office du juge »

28 Cass., ass. plén., 21 déc. 2007, D. 2008. AJ. 228, obs. Dargent, et Chron. 1102, Deshayes; RDI 2008. 102, obs. Malinvaud; RTD civ. 2008. 317, obs. Gautier; JCP 2008. II. 10006, note Weiller ; Gaz. Pal. 19

du Code de procédure civile ne porte que sur l'opération de qualification des faits litigieux, mais ne mentionne pas les opérations par lesquelles le juge peut changer la dénomination des demandes ou leur fondement juridique. Elle déduit donc de ce silence que ce texte ne pose pas d'obligation pour le juge, dans de telles hypothèses²⁹.

Par cet arrêt, le relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection constitue désormais une simple faculté pour le juge, laquelle a été utilisée par la jurisprudence afin de protéger la partie faible.

Paragraphe 2 – Une tendance traditionnelle à la protection de la partie faible

En matière d'ordre public de protection, les solutions jurisprudentielles illustrent une tendance à la protection de la partie faible au contrat par la reconnaissance du relevé d'office par le juge d'un moyen tiré de la violation d'une disposition, notamment en droit du travail (A). En dehors de ce domaine, la jurisprudence manque toutefois d'unanimité (B).

A – Une protection du salarié accrue par l'office du juge

En droit du travail, il est acquis en jurisprudence que seul le salarié peut se prévaloir de la nullité des règles édictées dans son intérêt exclusif. Cependant, réserver le droit de critique au seul bénéficiaire de la règle de protection ne s'oppose pas à ce que le juge vienne à son secours lorsque l'intérêt de ce bénéficiaire nécessite son aide. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu condamner le pouvoir du juge de prononcer d'office la qualification d'un contrat à durée déterminée illicite ou irrégulier en contrat à durée indéterminée, lorsqu'une telle requalification n'est pas dans l'intérêt de la partie protégée³⁰. La chambre sociale de la Cour de cassation refuse donc au juge la possibilité de relever d'office une nullité d'ordre public de protection lorsque tel n'est pas l'intérêt du salarié. *A contrario*, s'il est de l'intérêt du salarié, il pourrait le faire.

janv. 2008. 2, concl. De Gouttes

29 C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile – Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 33^e édition

30 Soc. 26 févr. 2002, JSL n° 101, 14 mai 2002. 31 ; 30 oct. 2002, Dr. soc. 2003. 473, et note C. Roy-Loustaunau, p. 465 ; D. 2002. IR. 3124

En outre, certaines décisions de la chambre sociale ont reproché au juge de ne pas avoir appliqué d'office une disposition d'ordre public de protection, lorsque le salarié ne l'avait pas sollicitée³¹, et ont autorisé le juge du fond à relever d'office un moyen de requalification-sanction du contrat à durée déterminée illicite ou irrégulier, à condition toutefois de respecter le principe de la contradiction³².

De plus, la Cour de cassation ordonne aux juges du fond de rechercher s'il existe une convention collective applicable au litige, ce qui revient à rechercher s'il existe des dispositions plus favorables au salarié, et donc revient à assurer la protection de ce dernier³³. Jusqu'en 1996, les juges n'avaient pas, en principe, à rechercher si une convention collective était applicable, sauf lorsqu'une partie en invoquait expressément l'existence. Mais dans un arrêt du 20 février 1996, la chambre sociale de la Cour de cassation a reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si un accord collectif était applicable en l'espèce. Or, le salarié n'avait pas précisé le fondement de sa demande. Le juge a donc le pouvoir de rechercher si une convention collective est applicable au litige, même si elle n'a pas été invoquée par le salarié dans sa demande introductive d'instance. Or, selon Madame CANUT, *« de là à considérer que cette recherche relève d'un devoir du juge, il n'y a qu'un pas qu'il ne faut pas hésiter à franchir dans la mesure où le juge reste dans le cadre de l'objet du litige »*. En effet, alors que le salarié n'est pas toujours en mesure de connaître la règle conventionnelle applicable, les juges peuvent accéder à la règle de droit conventionnelle applicable³⁴.

Si la protection du salarié conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à envisager l'office du juge de manière élargie, ce n'est pas le cas de toutes les chambres ni dans tous les domaines.

B – L'absence d'unanimité en jurisprudence

31 Soc. 19 janv. 1999, RJS 3/99, n° 345 ; Dr. soc. 1999. 401 ; JCP 1999. IV. 1449 ; 28 nov. 2000, RJS 2/01, n° 228 ; Dr. soc. 2001. 194

32 Soc. 11 mai 2005, Dr. soc. 2005. 816, obs. C. Roy-Loustaunau

33 En vertu de l'art. L. 132-4 c. trav., les conventions collectives sont supposées, sauf exception, être plus favorables au salarié que les lois et règlements en vigueur

34 F. Canut, *Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection*, D. 2007, p. 2257

L'office du juge en matière d'ordre public classique ou d'ordre public économique de direction a été peu discuté et semble admis par analogie avec les pouvoirs du ministère public³⁵. En revanche, s'agissant du relevé d'office par le juge de moyens de droit touchant au droit substantiel, la jurisprudence et la doctrine ont longtemps hésité. Tandis qu'une partie de la doctrine défendait la thèse de la faculté³⁶, une autre était favorable à l'obligation³⁷, et une autre enfin refusait que le juge puisse appliquer d'office une règle d'ordre public de protection³⁸.

Ces divergences doctrinales se retrouvent en jurisprudence. Ainsi, certaines décisions de la Cour de cassation ont été défavorables au relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection. On peut citer par exemple l'affaire « berger de Causses »³⁹ dans laquelle la Cour de cassation refuse au juge le pouvoir de soulever d'office la règle d'ordre public de protection et ce, pour deux raisons. D'une part, le relevé d'office de la règle d'ordre public de protection aurait pour conséquence de modifier l'objet et la cause de la demande. D'autre part, le contractant protégé ne réclamant pas le droit auquel il pouvait prétendre, il est présumé avoir renoncé au bénéfice de la loi et le juge ne peut se substituer à lui⁴⁰. Dans la même logique, par un arrêt du 20 décembre 1982, la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel au motif que le juge ne peut pas soulever d'office la nullité relative d'un congé délivré à un locataire⁴¹.

Au contraire, au cours des années 80, la Cour de cassation admettait de plus en plus le relevé d'office d'une cause de nullité relative, donc d'une règle d'ordre public de protection. Ainsi, par un arrêt du 22 mai 1985, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir relevé d'office le moyen tiré de la violation de la loi du 2 janvier 1970 limitant la durée du mandat donné à un agent immobilier, car le moyen était de pur

35 F. Canut, *ibid*

36 R. Martin, *La règle de droit adéquate dans le procès civil*, D. 1989.chron.163

37 D. Bureau, *L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse*, JDI 1990.317 et s., spéc. p. 346 et s.

38 V. not., J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil, Les obligations*, vol. I, *L'acte juridique*, coll. U, Armand Colin, 2000, 9e éd., n° 346, note n° 2, à propos du pouvoir du juge de relever d'office la nullité du contrat : « Encore faut-il certainement exclure les nullités relatives dont l'exercice doit, par définition même, être réservé à la personne ou aux personnes dont elles tendent à protéger les intérêts privés »

39 Cass. 18 mars 1955, D. 1956. 517, note Ph. MALAURIE

40 F. Eudier, *op. cit.*, thèse, p. 262-263

41 Civ.3^{ème}, 20 décembre 1982, *Bull. civ.* III, n° 257

droit⁴². L'arrêt ne se prononce néanmoins pas sur la nature de cet office du juge. En outre, par un arrêt du 20 novembre 1985, la troisième chambre civile de la Cour de cassation revient sur sa solution de 1982 et censure un arrêt d'appel qui avait refusé de relever d'office la nullité pour dol ou violence d'une transaction dont l'exécution était demandée alors qu'elle « *pouvait (...) se fonder sur des faits résultant d'une pièce produite aux débats* », en vertu de l'article 7 alinéa 2 du Code de procédure civile⁴³. Cette solution indique que la nullité relative peut donc être soulevée d'office par le juge, ce qui permet de servir les intérêts de la partie qui n'a pas songé à solliciter la nullité édictée en sa faveur.

Afin de justifier cet office du juge, la doctrine a invoqué le fait qu'il ne peut être dérogé à l'ordre public, il serait donc inacceptable qu'une conception restrictive de l'office du juge conduise à consacrer des solutions contraires à des règles impératives, uniquement à cause de l'inaction ou de l'ignorance de la partie protégée. De plus, « *ne revient-il pas au juge de compenser l'insuffisance juridique de la partie faible ?* »⁴⁴.

Ainsi, tant les textes que la jurisprudence semblaient favorables, dans les années 80, au relevé d'office par le juge d'un moyen d'ordre public de protection. Néanmoins, la spécificité de la finalité de l'ordre public de protection a conduit la Cour de cassation à refuser ce rôle actif du juge.

Section 2 – Le refus du rôle actif du juge par la Cour de cassation en matière d'ordre public de protection

A contre-courant des solutions jurisprudentielles rendues dans les années 80, la Cour de cassation a finalement refusé au juge la possibilité de soulever d'office une nullité relative (Paragraphe 1) en se fondant sur des considérations de droit substantiel (Paragraphe 2).

42 Cass. 1re civ., 22 mai 1985: *Bull. civ. I*, n° 159 ; *RTD civ.* 1986, p. 149, obs. Ph. Rémy

43 Cass. civ. 3e, *Bull. civ. III*, n° 153, p. 116 ; *Gaz. Pal.*, somm. ann., 421, obs. H. Croze et Ch. Morel

44 X. Lagarde, « Office du juge et ordre public de protection », *op. cit.*

Paragraphe 1 – La négation du relevé d’office d’une nullité relative

Si, pendant un temps, le principe a été le refus par la Cour de cassation du relevé d’office d’une nullité relative (A), un tempérament avait néanmoins été introduit (B).

A – Le refus de principe du relevé d’office d’une nullité relative

Par un arrêt du 3 mai 1995, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que les dispositions d’ordre public de l’article 4 de la loi du 28 décembre 1966⁴⁵ relatives à la mention obligatoire du taux effectif global dans les prêts d’argent « *ayant été édictées dans le seul intérêt de l’emprunteur, leur méconnaissance est sanctionnée par la nullité relative de la clause de stipulations d’intérêts conventionnels qui ne peut être invoquée que par le débiteur* »⁴⁶. Dès lors, le juge n’a pas le pouvoir de relever d’office la nullité relative d’une clause contractuelle, celle-ci ne pouvant être invoquée que par la partie que la loi entend protéger. Donc s’agissant des moyens de droit, le domaine de l’office du juge est délimité en fonction du droit substantiel en cause.

Bien qu’une partie de la doctrine ait cru que cette solution ne serait que celle d’une chambre de la Cour de cassation, la solution a été confirmée le 15 février 2000 par la première chambre civile de la Cour de cassation. Celle-ci a en effet considéré que les juges du fond ne peuvent pas soulever d’office la nullité relative pour violation du formalisme de l’offre de prêt à la consommation.

Une interprétation *a minima* de ces deux arrêts pourrait conduire à penser que l’interdiction faite au juge de relever d’office une disposition relevant de l’ordre public de protection ne concerne que les dispositions relatives aux contrats de crédit. Néanmoins, les solutions ayant été justifiées en des termes généraux, la Cour de cassation a, à l’évidence, posé en principe que le juge ne peut pas relever d’office la méconnaissance d’une disposition impérative d’ordre public de protection. Cette interprétation se vérifie d’autant plus que la première chambre civile a renouvelé sa solution par un arrêt du 10 juillet 2002⁴⁷. Par cet arrêt, la Cour de cassation a estimé que la méconnaissance des exigences des articles L. 311-2⁴⁸ (relatif aux opérations de crédit) et L. 311-9⁴⁹ (qui prescrit la remise à l’emprunteur d’une offre préalable devant contenir

45 Art. L. 313-2 ancien C. cons. devenu l’art. L. 314-5 depuis l’ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016

46 Com. 3 mai 1995, *Amouyal*, Bull. civ. IV, n° 128 ; D. 1997. Jur. 124, note critique F. Eudier ; RTD com. 1995. 630, obs. M. Cabrillac

47 Cass. 1re civ., 10 juill. 2002, Bull. civ. I, n° 195 ; JCP 2002, IV, n° 252

48 Art. L. 312-1, L. 312-3 et L. 312-3 nouveaux C. cons.

49 Art. L. 312-16 nouveau C. cons.

un certain nombre d'informations destinées à l'éclairer sur l'opération projetée) du Code de la consommation, « *même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de celui que ces dispositions ont pour objet de protéger* ». Ainsi, seul le consommateur peut se prévaloir des dispositions de protection édictées à son profit : il peut seul invoquer l'irrégularité du contrat de prêt et demander la sanction qui en découle⁵⁰.

Cette jurisprudence a déçu une partie de la doctrine attachée à l'image dynamique du juge suggérée par le Code de procédure civile. Cette solution paraît en effet en retrait par rapport à cette conception puisqu'elle rétablit le juge dans un rôle d'arbitre. Le juge ne serait que « *le spectateur impassible du débat judiciaire* »⁵¹. Ainsi, « *Il semble que la Cour de cassation condamne l'interventionnisme judiciaire dans l'ordre public économique de protection* »⁵². La Cour de cassation a néanmoins apporté un tempérament à ce refus de principe.

B – La manifestation de volonté de la personne protégée comme tempérament

Par un arrêt du 18 décembre 2002, la première chambre civile de la Cour de cassation est venue atténuer l'impossibilité pour le juge de soulever d'office une nullité relative. En effet, elle énonce que : « *Si la méconnaissance des articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont vocation à protéger, il en va autrement lorsque cette personne a manifesté son intention de se prévaloir de la nullité de l'acte, fût-ce sur un autre fondement* »⁵³. La première partie de l'attendu illustre que le principe demeure bien la passivité du juge en l'absence d'initiative du plaideur protégé par la loi. Il convient néanmoins de noter que la Cour de cassation abandonne toute référence à la notion d'ordre public. Cet élément est donc désormais indifférent à la solution du litige, lequel « *embrouille la question bien plus qu'elle ne l'éclaire* »⁵⁴.

⁵⁰ Art. L. 312-53 et L. 341-10 nouveaux C. cons.

⁵¹ J. Normand, *op. cit.*, n° 40

⁵² O. Gout, *L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier*, D. 2003, p. 549

⁵³ Civ. 1^{re}, 18 déc. 2002, n° 99-21.121, Bull. civ. I, n° 315 ; Rev. contrats 2003.86, obs. D. Fenouillet

⁵⁴ Selon les termes de Madame FENOUILLET : D. Fenouillet, *Les sanctions en droit de la consommation*, Revue des contrats, 2003, n°1, p. 86

La nouveauté s'observe dans la seconde partie de l'attendu par laquelle la Cour de cassation apporte un tempérament au principe : « *il en va autrement lorsque cette personne a manifesté son intention de se prévaloir de la nullité de l'acte, fût-ce sur un autre fondement* ». En l'espèce, la nullité avait été demandée par le consommateur pour inobservation des formes requises en cas de démarchage à domicile, mais sans succès, car le contrat ne rentrait pas dans la catégorie soumise à cette forme. La partie protégée avait donc invoqué la nullité mais l'avait fondée sur un moyen distinct de celui relevé par le juge. Dès lors, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir prononcé la nullité du contrat litigieux « *après avoir constaté la remise d'un chèque par le consommateur au professionnel le jour même de la signature du bon de commande* ». Ainsi, dès lors que la personne protégée par les dispositions d'ordre public a mis dans le débat judiciaire la nullité relative, la Cour de cassation considère que le juge du fond a l'obligation de prononcer la nullité d'un contrat s'il constate une cause de nullité autre que celle demandée par le consommateur, sous réserve de respecter le principe du contradictoire. Il y aurait donc un « *juge-rectificateur* »⁵⁵. Cette solution se justifie au regard des règles de procédure. Les faits étant manifestement dans le débat, l'objet du litige n'est pas modifié et seul le moyen fondant la demande a été modifié, il est donc du rôle du juge de soulever ce moyen d'office.

Paragraphe 2 – La justification du refus de principe du relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection

La doctrine a pu justifier ce principe de refus du relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection par le juge par, d'une part, la théorie du « droit de critique »⁵⁶ (A) et, d'autre part, par la limite nécessaire aux effets pervers pouvant découler de la protection de la partie faible (B).

A – La théorie du « droit de critique »

⁵⁵ Selon l'expression de Messieurs MESTRE et FAGES : J. Mestre et B. Fages, *Nullité relative : légère atténuation à l'impossibilité pour le juge de la soulever d'office*, RTD Civ. 2003, p. 704

⁵⁶ Selon l'expression de Monsieur JAPIOT, *op. cit.*

La doctrine civiliste justifie le refus du relevé d'office par le juge d'un moyen de droit dans le domaine de l'ordre public de protection par la théorie du « droit de critique du contrat » qui fait référence à la finalité de la règle transgressée. Ces règles substantielles se traduisent procéduralement par le droit d'agir en nullité. Si l'intérêt général est en jeu, la nullité est absolue et donc le droit de critique appartient à tout intéressé, le but étant d'assurer l'inefficacité de l'acte. Le juge possède donc également ce droit de critique et peut relever d'office cette nullité. Au contraire, si la règle violée est destinée à protéger un contractant ou une catégorie de contractants, comme le consommateur, la nullité est relative et seules les parties directement protégées par la règle violée peuvent demander la mise en œuvre de la sanction. Le juge ne peut donc pas la relever d'office. Cette théorie a notamment été défendue par le Doyen Carbonnier qui écrivait que la nullité relative ne peut être invoquée que par le contractant que la loi entend spécialement protéger alors que la nullité absolue peut être relevée d'office par le juge pour refuser de faire application d'un contrat dont l'exécution leur est demandée. Cette théorie a notamment été défendue par Monsieur AUBERT qui exclut que le pouvoir d'office du juge puisse s'exercer en matière de nullité relative car il considère que l'exercice de l'action doit être réservé à la personne et aux personnes protégées. Ce même auteur exclut d'ailleurs expressément l'ordre public économique de protection du pouvoir d'office du juge⁵⁷.

Monsieur GOUT avait, quant à lui, proposé un système nuancé en combinant les principes directeurs du procès civil et la distinction substantielle entre nullité absolue et nullité relative. Pour cet auteur, s'agissant de la nullité absolue, la finalité poursuivie par la règle de droit est de maximiser les chances d'anéantissement de l'acte, le juge doit donc pouvoir soulever d'office la violation d'une telle règle, sous réserve de respecter le principe du contradictoire. En revanche, s'agissant d'une nullité relative, elle ne pourrait être soulevée d'office que dans certains cas car il faudrait prendre en compte le fait que le bénéficiaire de la règle méconnue a le pouvoir discrétionnaire de confirmer l'acte. Dès lors, le juge pourrait relever d'office la nullité relative d'un acte, sous réserve de

57 J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°338

respecter le principe du contradictoire et de s'assurer que la personne protégée n'a pas la volonté de confirmer l'acte annulable⁵⁸.

Il convient enfin de préciser que la question du lien entre l'office du juge et le droit substantiel s'est d'abord posée en matière internationale. Depuis son arrêt *Coveco*⁵⁹, la Cour de cassation considère en effet que l'étendue de l'office du juge relativement à la règle de conflit varie en fonction de l'objet de cette règle de conflit : le juge a l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit lorsqu'elle concerne une matière dans laquelle les parties n'ont pas libre disposition de leurs droits. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une matière où elles ont la libre disposition de leurs droits, le juge n'aurait que la faculté d'appliquer d'office la règle de conflit. Dès lors, s'agissant de l'application d'une règle de conflit de lois, la première chambre civile fait varier la nature du pouvoir du juge en fonction du caractère supplétif ou impératif de la matière sur laquelle porte le litige.

B – La limite nécessaire aux effets pervers de la protection de la partie faible

Dans son principe, la légitimité d'un ordre public de protection n'est pas contestée, spécialement l'ordre public de protection au profit des consommateurs et des salariés. Néanmoins, les auteurs, et notamment Monsieur LAGARDE, dénoncent les effets pervers de cette protection dont la mise en œuvre peut dépasser les intentions du législateur⁶⁰. Il est possible de noter deux effets pervers, à savoir l'invocation d'une irrégularité du contrat, qui ne cause aucun grief, uniquement pour affaiblir la force contraignante du contrat et non plus pour rétablir l'équilibre entre les parties, et invoquer l'ordre public de protection, en cas de non-comparution du défendeur, afin d'étendre les pouvoirs du juge.

Pour éviter l'utilisation abusive des dispositions d'ordre public de protection, Monsieur LAGARDE a proposé d'appliquer la règle « pas de nullité sans grief », en principe appliquée aux nullités procédurales pour vice de forme, aux nullités de fond.

58 O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999

59 Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 559, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau

60 X. Lagarde, *Office du juge et ordre public de protection*, *op. cit.*

Ainsi, le juge ne peut pas relever d'office une nullité de fond, il ne peut pas se substituer à la partie faible pour lui imposer un régime protecteur dont elle ne perçoit pas le bénéfice. De plus, la partie faible devrait justifier d'un grief, afin d'éviter les contestations purement formelles. Ce grief serait caractérisé, pour cet auteur, soit en cas d'atteinte effective à l'intégrité du consentement de la partie protégée, soit en cas d'absence d'utilité concrète du contrat, l'invocation de la violation d'une règle d'ordre public de protection serait donc limitée si la partie protégée a commencé à exécuter le contrat. Enfin, il conviendrait d'exiger la pertinence du grief afin d'éviter des contestations purement opportunistes.

En outre, en cas de non-comparution du défendeur, le juge ne doit pas disposer de pouvoirs étendus afin de relever d'office la violation d'une norme d'ordre public de protection. En effet, lorsque le défendeur ne comparait pas, l'article 472 du Code de procédure civile énonce que le juge ne doit faire droit à la demande que dans la mesure où celle-ci est recevable et fondée. Ce texte rappelle seulement au juge qu'il ne peut pas déduire du défaut de comparution du défendeur son acquiescement à la demande, ou que celle-ci est bien-fondée⁶¹. Mais le juge ne peut pas formuler des demandes à la place du défendeur défaillant. Or, lorsque le débiteur invoque la nullité d'une convention, d'une clause d'intérêts ou la méconnaissance des exigences en matière de crédit à la consommation, il forme une demande reconventionnelle puisque, selon l'article 64 du Code de procédure de civile, il « *prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* ». L'invocation de la nullité n'a en effet pas pour seul effet de neutraliser la demandeur du prêteur. Dès lors, « *dans l'hypothèse de non-comparution de l'emprunteur, le droit positif français refuse au juge, saisi d'une demande en paiement, le pouvoir de se substituer à la partie défaillante en remettant en cause l'irrégularité formelle du contrat* »⁶².

En matière d'ordre public de protection, la Cour de cassation voit donc d'un mauvais œil le relevé d'office du juge, celle-ci se fondant principalement sur des règles substantielles. Sa jurisprudence a donc conduit à poser des limites à l'office du juge qui

⁶¹ Cass. 2e civ. 10 oct. 1990, Bull. civ. II, n° 190 ; 24 mai 1989, Bull. civ. II, n° 116

⁶² I. Fadlallah et C. Baude-Texidor, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, D. 2003, p. 750 ; *Contra* : O. Gout, *op. cit.*

n'étaient pas prévues par le Code de procédure civile, lequel prône le rôle actif du juge dans le procès civil.

Ces limites prétoriennes à l'office du juge ont par la suite été abandonnées en matière d'ordre public de protection, la meilleure illustration étant le droit de la consommation.

Chapitre 2 – Le déclin des limites prétoriennes à l’office du juge en droit de la consommation

Les limites à l’office du juge en matière d’ordre public de protection posées par la Cour de cassation ont été remises en cause du fait de la vision dynamique de l’office du juge par la Cour de justice de l’Union européenne (Section 1), laquelle s’est traduite en droit interne par le renforcement de l’office du juge en droit de la consommation (Section 2).

Section 1 – La vision dynamique de l’office du juge par la Cour de justice de l’Union européenne

Selon la Cour de justice de l’Union européenne, l’office du juge en matière d’ordre public de protection doit être vu de manière extensive afin de garantir au mieux la protection de la partie faible, et plus particulièrement du consommateur. C’est ainsi que par sa jurisprudence, elle a tout d’abord « milité »⁶³ pour une reconnaissance du pouvoir de relever d’office un moyen d’ordre public de protection (Paragraphe 1), puis pour une extension de la nature de cet office (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Pour une reconnaissance du pouvoir de relever d’office un moyen d’ordre public de protection

La vision dynamique de l’office du juge par la Cour de justice de l’Union européenne a permis de renforcer cet office en matière de clauses abusives (A) et également en matière de crédit à la consommation (B).

A – Le relevé d’office en matière de clauses abusives

⁶³ I. Fadlallah et C. Baude-TeXidor, *L’office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, *op. cit.*

La question du relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection a connu un rebondissement en 2000 suite à la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes par un juge espagnol d'une question préjudicielle. En réponse à ce renvoi, la Cour de justice affirme, dans un arrêt *Oceano Grupo* du 27 juin 2000 que la finalité de la directive relative aux clauses abusives est de protéger le consommateur et, par voie de conséquence, implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, en l'espèce, une clause attributive de compétence⁶⁴.

En effet, la Cour de justice considère que la situation d'inégalité qui existe entre les parties au contrat doit pouvoir être compensée par une intention positive extérieure aux seules parties au contrat⁶⁵. Elle condamne donc l'analyse française adoptée après 2000 assimilant le domaine de l'office du juge relativement aux moyens de droit et les critères de droit substantiel concernant la distinction entre la nullité relative inspirée par un ordre public de protection et la nullité absolue inspirée par un ordre public de direction. C'est la contradiction de cette solution avec la jurisprudence française qui a conduit certains auteurs à qualifier cette jurisprudence de « *militante* »⁶⁶. La Cour de justice estime que la finalité d'une règle d'ordre public de protection est de venir au secours de la partie désavantagée par le contenu du contrat. Dès lors, autoriser le juge à soulever d'office le moyen tiré de la violation d'une règle d'ordre public de protection, en l'occurrence le caractère abusif d'une clause contractuelle, revient justement à renforcer la protection des intérêts du consommateur, ce qui est conforme à l'objectif poursuivi par le législateur. Néanmoins, s'agissant de la nature de l'office du juge, une interprétation littérale de l'arrêt conduit à penser que le relevé d'office n'est qu'une simple faculté (« *le juge national peut apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat...* »). Cette solution a été dénoncée par certains auteurs comme

64 CJCE 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores*, C-240/98 à C-244/98, Rec. CJCE I-4941; JCP G 2001. II. 10513, p. 1281, obs. M. Carballo-Fidalgo et G. Paisant ; RTD civ. 2001. P. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2001. 291, obs. M. Luby

65 S. Hourdeau, *Protection communautaire du consommateur contre les clauses abusives et office du juge national*, Petites affiches, 2001, n°146, p. 25

66 I. Fadlallah et C. Baude-Texidor, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, op. cit.

rendant insuffisante la protection du consommateur et entraînant un risque d'arbitraire⁶⁷, ce à quoi la Cour de justice a remédié en 2009⁶⁸.

La protection du consommateur contre les clauses abusives a été réaffirmée par la Cour de justice dans son arrêt *Cofidis* du 21 novembre 2002⁶⁹. Saisie d'une question préjudicielle par le Tribunal d'instance de Vienne à propos de la compatibilité du délai de forclusion de l'article L. 311-17 du Code de la consommation, qui disposait que les actions nées d'un contrat de crédit à la consommation devaient être engagées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance, avec le droit communautaire, la Cour de justice réaffirme le principe dégagé dans son arrêt *Oceano Grupo*. Elle déclare que la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives s'oppose à une réglementation interne interdisant au juge national de soulever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans un contrat de consommateur à raison du délai de forclusion. Elle affirme donc que l'expiration du délai de forclusion ne doit pas empêcher le juge de soulever d'office le caractère abusif d'une clause, ce délai étant de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection voulue par les articles 6 et 7 de la directive.

Selon la Cour de justice, le juge national doit avoir la possibilité de relever d'office une clause abusive⁷⁰. Il en est de même en matière de crédit à la consommation.

B – Le relevé d'office en matière de crédit à la consommation

L'office du juge a également été renforcé en matière de crédit à la consommation. Dans un litige entre des emprunteurs et un organisme de crédit français à propos d'un crédit permanent, le tribunal d'instance de Saintes avait notamment saisi la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle relative au pouvoir du juge de se saisir d'office des manquements aux dispositions d'ordre

⁶⁷ S Hourdeau, *op. cit.*

⁶⁸ CJCE, 4 juin 2009 : *infra*

⁶⁹ CJCE 21 nov. 2002, *Cofidis c/ Fredout*, D. 2003, Jur. p. 486, note C. Nourissat, et D. 2002. AJ p. 3339, obs. Avena-Robardet ; JCP éd. E 2003, p. 278, note Fadlallah et Baude-Texidor ; Gaz. Pal. 2003, p. 1711, note Ph. Flores et G. Biardeaud

⁷⁰ Solution également renouvelée dans arrêt CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, Mostaza Claro, JCP E 2007, I, 2018, nos 1 et s., obs. Seraglini, RTD civ. 2007, p. 633, obs. P. Théry, Europe 2006, comm. 378, obs. L. Idot, D. 2006, p. 3026, obs. T. Clay

public relatives au crédit à la consommation. Par un arrêt *Rampion* du 4 octobre 2007, la Cour de justice réaffirme l'arrêt *Oceano Grupo* du 27 juin 2000 sur la possibilité pour le juge de se saisir d'office de tels manquements⁷¹. Elle considère en effet que la directive communautaire poursuit un double objectif, à savoir assurer un marché commun du crédit à la consommation et également la protection des consommateurs. Le premier objectif relève de la régulation du marché, donc de l'ordre public de direction. Dès lors, considérer les règles du droit de la consommation et notamment celles du crédit à la consommation comme des règles d'ordre public de protection uniquement destinées à protéger le consommateur « *relève d'une conception archaïque du droit de la consommation* »⁷². De plus, elle affirme qu'il est illusoire de considérer que les consommateurs sont en mesure de soulever eux-mêmes les mesures qui les protègent. Dès lors, au nom d'une bonne efficacité de la directive du 22 décembre 1986 sur le crédit à la consommation, le juge doit pouvoir se saisir d'office des manquements aux dispositions communautaires transposées en droit interne. Cette vision de l'office du juge a été contestée par la doctrine « bancariste »⁷³ qui estime que le consommateur normalement attentif et avisé doit pouvoir s'expliquer devant le Tribunal des raisons de sa défaillance.

C'est ainsi que la Cour de justice a affirmé le rôle actif du juge dans le relevé d'office des manquements aux règles protégeant le consommateur. Elle a ensuite étendu la nature de cet office afin de garantir une meilleure protection du consommateur.

Paragraphe 2 – Pour une extension de la nature de l'office du juge en matière de clauses abusives

71 CJCE 4 oct. 2007, *Rampion*, pt 59, aff. C-429/05, Gaz. Pal., 12-13 déc. 2007, D. 2008. Jur. 458, note H. Claret ; CCC 2008, n° 310, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal., 12/13 déc. 2007, note G. Poissonnier et J.-P. Tricoit ; JCP G 2008. II. 10031, note G. Paisant ; RTD com. 2008. 403, obs. D. Legeais

72 G. Raymond, « Saisine d'office du juge national », note sous arrêt CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, R. c/ Franfinance, Contrats Concurrence Consommation, n°12, Décembre 2007, comm. 310

73 Le terme est de F. Pollaud-Dulian, Le devoir d'information du banquier et les crédits au consommateur, Rev. dr. bancaire et financier, novembre-décembre 2002, p. 348

La Cour de justice a étendu l'office du juge en lui faisant obligation, d'une part, de relever d'office une clause abusive (A) et, même, de relever d'office les éléments permettant de caractériser cette clause abusive (B).

A – L'obligation de relever d'office une clause abusive

Le regret de certains auteurs de ne voir reconnu qu'une simple faculté pour le juge de relever d'office une clause abusive a finalement été entendu par la Cour de justice. Dans la continuité des arrêts *Oceano Grupo* et *Cofidis*, la Cour de justice des Communautés européennes a été amenée, dans un arrêt *Pannon* du 4 juin 2009, à se prononcer sur le relevé d'office d'une clause abusive, en l'espèce une clause attributive de compétence dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur⁷⁴. Par cet arrêt, la Cour de justice confirme le rôle actif du juge national en matière de relevé d'office de clauses abusives mais apporte une précision : l'examen d'office du juge n'est pas une simple faculté mais une obligation. Si un arrêt antérieur avait pu avoir une formulation parallèle en considérant que « *le juge national est tenu d'apprécier le caractère abusif d'une clause contractuelle* »⁷⁵, cet arrêt ne portait pas précisément sur la question de l'office du juge national. Dès lors, l'arrêt *Pannon* est le premier à admettre explicitement l'obligation du juge national à relever d'office une clause abusive.

Pour justifier cette obligation, la Cour de justice se fonde sur « *l'effet utile de la protection voulue* » par la directive 93/13/CE que doit assurer le juge national (pt 32). Cette expression rejoint l'objectif d'effectivité que doit poursuivre le juge national dans l'atteinte des objectifs communautaires. En effet, si, en vertu du principe d'autonomie procédurale des Etats membres, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des justiciables tirées du droit communautaire relèvent des droits nationaux, en vertu du principe d'effectivité le droit national doit optimiser les moyens juridiques à sa disposition pour permettre à ces objectifs d'être atteints et ne pas « *rendre impossible*

⁷⁴ CJCE, 4 juin 2009, n° C-243/08, *Pannon* : RDC 2009, p. 1467, note C. Aubert de Vincelles ; JCP G 2009, 336, note G. Paisant ; D. 2009, p. 2312, note G. Poissonnier

⁷⁵ CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, JCP E 2007, I, 2018, nos 1 et s., obs. Seraglini, RTD civ. 2007, p. 633, obs. P. Théry, Europe 2006, comm. 378, obs. L. Idot, D. 2006, p. 3026, obs. T. Clay. Cet arrêt répondait à une question préjudicielle posée par l'Espagne concernant la possibilité pour un consommateur d'invoquer, en raison d'une clause compromissaire abusive, la nullité d'une convention d'arbitrage dans le cadre du recours en annulation mais non dans le cadre de la procédure arbitrale. La Cour a considéré que le juge national devait apprécier la nullité de la convention d'arbitrage, peu importe les règles procédurales nationales.

en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »⁷⁶.

Si la Cour de justice remplace donc la faculté par l'obligation, les limites posées par les arrêts précédents subsistent. Ainsi, tout d'abord, l'office du juge est subordonné à la détention des éléments de fait et de droit nécessaires à cet effet. Ensuite, l'obligation du juge est encadrée par le refus du consommateur. Une fois que le juge a avisé le consommateur du caractère abusif de la clause, le juge n'est pas tenu d'écarter celle-ci si le consommateur « *entend ne pas faire valoir le caractère abusif et non contraignant* » de la clause (pt 33). Ainsi, le consommateur pourrait renoncer à la protection que lui offre le droit communautaire dès lors qu'il a été informé de ses droits.

La solution a été étendue par la suite dans un arrêt du 6 octobre 2009 par lequel la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que le juge national a l'obligation d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause d'arbitrage, même si la sentence arbitrale a acquis force de chose jugée⁷⁷.

B – L'obligation de relever d'office les éléments permettant de caractériser une clause abusive

Par un arrêt du 9 novembre 2010, la Cour de justice de l'Union européenne franchit une étape supplémentaire dans la délimitation de l'office du juge en matière de clauses abusives en élargissant le champ couvert par l'examen d'office⁷⁸. La Cour de justice précise que le juge national doit prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir si une clause figurant dans le contrat en cause, conclu entre un professionnel et un consommateur, entre dans le champ d'application de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives et, dans l'affirmative, apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause. L'apport de cet arrêt résulte d'une ambiguïté de l'arrêt *Pannon*. En 2009, la Cour de justice a jugé obligatoire pour les juridictions nationales

⁷⁶ CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, Mostaza Claro, préc.

⁷⁷ CJCE, 6 octobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Nogueira, aff. n° C-40/08

⁷⁸ CJUE, gde ch., 9 nov. 2010, n° C-137/08, VB Pénzügyi Lizing Zrt : RDC 2011, p. 504, note C. Aubert de Vincelles ; D. 2011, p. 974, obs. E. Poillot ; JCP 2011, 28, obs. M. Meister ; RTDE 2011, p. 632, obs. C. Aubert de Vincelles

l'examen d'office d'une clause abusive. Cependant, cette décision semblait subordonner cette obligation à la connaissance par la juridiction nationale des « éléments de fait et de droit nécessaires ». Une lecture littérale de l'arrêt *Pannon* laissait penser qu'il s'agissait d'un préalable, de même si l'on se réfère au principe d'autonomie procédurale des Etats membres. Ce principe signifie que pour l'application aux justiciables des droits d'origine européenne (en l'espèce l'éradication d'une clause abusive), il revient aux États membres, faute de règles européennes, d'appliquer leurs règles procédurales nationales, et notamment le principe dispositif en vertu duquel le litige reste circonscrit dans les limites fixées par les parties. Mais l'autonomie procédurale est assortie d'une limite faisant ressurgir l'ordre public européen, celle où « l'intérêt public » exige une intervention d'office du juge.

Néanmoins, la Cour de justice écarte le principe d'autonomie procédurale et estime que l'élargissement de l'office du juge est justifié par la protection du consommateur qui revêt une intensité particulière en matière de clauses abusives et qui nécessite « *une intervention positive extérieure aux seules parties au contrat* » (pts 46 à 48). Ainsi, « *la Cour de justice va plus loin dans l'office du juge, toujours un peu plus loin à chaque décisions* »⁷⁹. Le devoir d'examiner d'office une clause ne suppose aucun préalable et porte sur toute la phase de détection d'une clause abusive. Le juge doit ainsi « *prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir* » si une clause entre dans le champ de la directive et, « *dans l'affirmative, apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause* ».

Toutefois, l'obligation pour le juge de prendre des mesures d'instruction ne semble porter que sur la clause objet du litige, à savoir la clause attributive de compétence juridictionnelle territoriale exclusive. On pourrait donc soutenir que la décision de la Cour de justice est davantage d'espèce que de principe, et que l'obligation de prendre d'office des mesures d'instruction pour établir les éléments de fait et de droit nécessaires à l'appréciation de la clause pourrait ne porter que sur les clauses particulièrement douteuses comme les clauses attributives de compétence. Il

⁷⁹ C. Aubert de Vincelles, *Elargissement de l'office du juge en matière de clauses abusives*, Revue des contrats, 2011, n°2, p. 504. Obs sous arrêt CJUE, gde ch., 9 nov. 2010, no C-137/08, VB Pénzügyi Lízing Zrt

n'empêche que l'office du juge ne cesse de s'étendre dans le domaine du droit de la consommation.

Dès lors, « *le droit communautaire participe ainsi à affirmer le rôle du juge, de plus en plus acteur au procès que simple arbitre* »⁸⁰.

80 *Ibid*

Section 2 – L’office du juge renforcé en droit interne dans le domaine du droit de la consommation

En réaction à la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne, les pouvoirs du juge s’agissant du relevé d’office d’un moyen d’ordre public de protection ont été accrus en droit interne. Le législateur a tout d’abord reconnu la faculté pour le juge de relever d’office un moyen d’ordre public de protection dans le domaine du droit de la consommation (Paragraphe 1), puis lui a fait obligation de relever d’office une clause abusive (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La reconnaissance légale de la faculté pour le juge de relever d’office une disposition protectrice du consommateur

En réformant le Code de la consommation, le législateur français s’est conformé à la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne (A), modifiant ainsi le fondement de l’office du juge en matière d’ordre public de protection (B).

A – La nécessaire réforme du Code de la consommation

En 2008, le législateur a réformé l’office du juge en droit de la consommation par l’introduction dans le Code de la consommation d’un nouvel article L. 141-4⁸¹. Cet article dispose que « *le juge peut soulever d’office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ». Ce texte est issu de l’article 34 de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs »⁸², dite loi Chatel, du nom du secrétaire d’Etat chargé de la consommation et du tourisme, Luc Chatel.

La reconnaissance par la loi du relevé d’office était nécessaire à trois égards. Premièrement, le droit de la consommation est un droit technique et souvent méconnu,

⁸¹ Devenu l’article R. 632-1 depuis le 1^{er} juillet 2016, date d’entrée en vigueur du décret n°2016-884 du 29 juin 2016

⁸² Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JO du 4 janvier 2008

sa mise en œuvre nécessite donc un office dynamique du juge. En effet, des auteurs ont pu affirmer que « *subordonner l'application du dispositif de protection à son invocation par le consommateur, revient à en limiter l'application aux plus habiles d'entre eux, c'est-à-dire à ceux qui en ont peut-être le moins besoin* »⁸³. Deuxièmement, il a été observé que l'interdiction du relevé d'office posée par la Cour de cassation « *amoindrit de fait l'effectivité du droit de la consommation* »⁸⁴. Enfin, troisièmement, l'article L. 141-4 permet de mettre le droit français en conformité avec le droit communautaire. En effet, les solutions dégagées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne concernaient que le droit communautaire de la consommation et ne valaient que pour les dispositions nationales issues directement de la transposition du droit communautaire de la consommation. Dès lors, dans les domaines non couverts par une directive consumériste ou dans lesquels la directive applicable prévoit des obligations moins contraignantes que le droit interne, le principe de refus de relevé d'office dégagé par la Cour de cassation demeurerait applicable. D'où l'intervention du législateur. Mais l'article L. 141-4 va plus loin que la jurisprudence *Oceano Grupo* et dispose d'un champ d'application étendu : tout juge saisi d'un litige relevant du Code de la consommation peut relever d'office toute irrégularité portant sur les dispositions de ce Code, notamment celles concernant les clauses abusives, les offres préalables de crédit irrégulières et les pratiques commerciales agressives. Néanmoins, la loi n'introduit qu'une faculté, et non un devoir de relever d'office, ce que certains auteurs ont pu regretter⁸⁵. De plus, il a été reproché que cette disposition, touchant à la procédure, devait relever de la compétence du pouvoir réglementaire, et non législatif.

Prenant acte de cette modification législative, la première chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence par son arrêt du 22 janvier 2009 et abandonne sa jurisprudence *Grine* de 2000⁸⁶. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir soulevé d'office l'irrégularité d'une offre de crédit au motif que

⁸³ P. Flores et G. Biardeaud, *op. cit.*

⁸⁴ V. Rapport n° 111 au Sénat de la session ordinaire de 2007-2008 du 5 déc. 2007 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs par le sénateur G. Cornu, accessible à l'adresse : <http://www.senat.fr/dossierleg/pj107-109.html>

⁸⁵ G. Poissonnier, *op. cit.*

⁸⁶ Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, D. 2009. AJ. 365, obs. Avena-Robardet ; JCP 2008 Actu. 66, obs. Gout

« la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation peut être relevée d'office par le juge ». Par cet arrêt, la Cour de cassation précise la mise en œuvre de l'article L. 141-4 du Code de la consommation en affirmant que non seulement le juge peut relever d'office l'irrégularité entachant le contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, mais il peut également prononcer d'office la sanction attachée à cette irrégularité. Ainsi, le juge peut prononcer la déchéance du droit aux intérêts du banquier, s'il relève le maintien d'un découvert pendant plus de trois mois sans présentation d'une offre de crédit conforme aux dispositions des articles L. 311-1 et suivants du code de la consommation. Cette solution est néanmoins plus restrictive que celle adoptée par le législateur. En effet, la Cour de cassation ne vise que les dispositions d'ordre public du Code de la consommation, alors que l'article L. 141-1 vise toutes les dispositions de ce Code.

B – L'abandon de la distinction ordre public de direction – ordre public de protection en droit de la consommation

Il convient de rappeler que les solutions jurisprudentielles antérieures à la réforme du Code de la consommation refusaient le relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection en se fondant sur la théorie du droit de critique. Or, cette justification a été fortement critiquée et notamment par Madame EUDIER, laquelle considère qu'il faut dissocier l'étendue de l'office du juge en matière de nullité et les règles d'attribution du droit de critique. Pour cette auteure, lier l'étendue de l'office du juge aux règles substantielles d'attribution du droit de critique revient à confondre ce qui concerne l'application d'office de la règle de droit (donc l'office du juge) et ce qui a trait à sa force obligatoire⁸⁷. Or, il n'existe aucun lien entre l'attribution du droit de critique et l'étendue de l'office du juge. En effet, tandis que le droit de critique est « *le droit d'invoquer la nullité du contrat* » et donc « *ne concerne que les particuliers* », « *le juge (n'invoque pas la nullité) mais la relève et la prononce éventuellement si les conditions sont remplies* », sous réserve de ne pas modifier l'objet du litige. Le juge n'est pas un sujet actif du droit de critique.

⁸⁷ F. Eudier, thèse *op. cit.*

De plus, Monsieur POISSONNIER a pu considérer qu'appliquer la distinction ordre public de protection – ordre public de direction au droit de la consommation apparaissait « *archaïque* » et « *artificielle* »⁸⁸. Archaïque, d'une part, car cette distinction a été pensée en référence au droit classique des obligations reposant sur l'idée que l'égalité entre les parties au litige pouvait être préservée par des mesures correctrices qualifiées d'ordre public de protection. Or, le droit de la consommation a émergé en France dans les années 70 et s'appuie sur le constat que le consommateur est intrinsèquement en situation de faiblesse économique, juridique et procédurale, ce qui nécessite sa protection permanente par des dispositions d'ordre public auxquelles il ne peut renoncer. Dès lors « *seul un ordre public de protection renforcée dont les effets se prolongent en cas de litige* » peut assurer la protection effective du consommateur. Artificielle, d'autre part, car « *des mesures à caractère économique peuvent avoir des incidences sociales et vice versa* »⁸⁹. Or, le droit de la consommation repose sur deux finalités : la protection du consommateur, qui relève de l'ordre public de protection, et la régulation du marché, qui relève de l'ordre public de direction. Ainsi, la Cour de cassation ne s'attache plus à la différence entre ordre public de protection et ordre public de direction.

En abandonnant cette distinction, le législateur et le juge français ont consacré la faculté, et non l'obligation, pour le juge de relever d'office un moyen de droit en droit de la consommation. La thèse de l'obligation n'a, dans un premier temps du moins, pas été retenue car l'obligation appelle nécessairement la sanction ce qui favoriserait le contentieux en cas de non-respect de cette obligation. De plus, la théorie de l'obligation donne au juge l'image d'un « *juge activiste* », ce qui reviendrait à admettre l'immixtion du juge dans les rapports de droit privé⁹⁰. Néanmoins, la thèse de la faculté a pour inconvénient de favoriser l'arbitraire du juge, ce dernier étant libre de relever d'office ou non les dispositions du Code de la consommation. Il en résulterait une certaine inégalité pour les justiciables.

⁸⁸ G. Poissonnier, *op. cit.*

⁸⁹ F. Eudier, thèse, *op. cit.*

⁹⁰ Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, PUF

En réponse à ce risque d'arbitraire et à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, obligation a été faite au juge de relever d'office des moyens d'ordre public de protection.

Paragraphe 2 – La reconnaissance légale de l’obligation de relever d’office des moyens d’ordre public de protection

Après l’intervention législative afin de rendre obligatoire le relevé d’office d’une clause abusive par le juge (A), la Cour de cassation semble être récemment allée plus loin que le texte de la loi afin d’étendre la protection offerte au consommateur (B).

A – L’obligation de relever d’office une clause abusive admise en droit interne

A la suite des arrêts *Oceano Grupo* et *Cofidis* de la Cour de justice, le législateur, en 2008, avait intégré un nouvel article L. 141-4 dans le Code de la consommation afin de donner la possibilité au juge de « *soulever d’office toutes les dispositions* » du Code de la consommation. Néanmoins, ce texte est devenu très vite obsolète pour les clauses abusives du fait de l’évolution de la jurisprudence de la Cour de justice qui s’est orientée vers une obligation de soulever d’office dans les arrêts *Mostaza Claro* et *Pannon*.

Dès lors, prenant acte de cette nouvelle jurisprudence, le législateur français a une nouvelle fois modifié l’office du juge en matière de droit de la consommation par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, dite loi Hamon, relative à la consommation⁹¹. Cette loi, dite loi Hamon, relative à la consommation a eu pour objet principal de mettre le droit français en conformité avec le droit européen issu tant de la jurisprudence de la Cour de justice que de la directive n°2011/83/U qu’elle a transposée. Ainsi, un deuxième alinéa a été ajouté à l’article L. 141-4 du Code de la consommation⁹², qui précise que le juge « *écarte d’office, après avoir recueilli les observations des parties, l’application d’une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* ». Une lecture *a contrario* de cette disposition conduit ainsi à considérer que seules les dispositions relatives aux clauses abusives doivent être relevées d’office. Pour toutes les autres dispositions du Code, il ne s’agit que d’une simple faculté pour le juge, conformément à l’alinéa premier du même texte.

⁹¹ L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation : JO 18 mars 2014, p. 5400

⁹² Devenu l’article R. 632-1 depuis le 1^{er} juillet 2016, date d’entrée en vigueur du décret n°2016-884 du 29 juin 2016

En application de cette disposition, la Cour de cassation a ainsi considéré, dans un arrêt du 1^{er} octobre 2014, que « *le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif des clauses contractuelles invoquées par une partie dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* »⁹³.

Si l'obligation pour le juge de relever d'office une clause abusive a donc été consacrée par le législateur et la Cour de cassation, un arrêt récent rendue par cette dernière laisse penser que cette obligation ne se limite pas aux seules clauses abusives.

B – L'extension de la protection du consommateur par la jurisprudence de la Cour de cassation

Par un arrêt rendu par la première chambre civile, le 19 février 2014, la Cour de cassation a considéré que, dans l'hypothèse où le demandeur agit sur le fondement de la garantie des vices cachés alors que son action aurait dû être fondée sur la garantie légale de conformité, le juge a l'obligation de relever d'office les « *dispositions d'ordre public relatives à la garantie légale de conformité* »⁹⁴.

Cette solution semble aller au-delà du texte de l'article L. 141-4 du Code de la consommation et être davantage conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, avec son arrêt *Pannon* de 2009, la Cour de justice a imposé au juge national l'obligation d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle. Or, selon plusieurs auteurs, la portée de cette dernière jurisprudence dépasse le domaine des seules clauses abusives. Ce seraient en effet toutes les dispositions protectrices du consommateur d'origine communautaire qui devraient être relevées d'office par le juge national⁹⁵. Il est donc possible que la Cour de cassation considère que le juge dispose en principe d'une simple faculté de changer le fondement juridique d'une demande, y compris en droit de la consommation depuis la

93 S. Piedelièvre, « Clauses abusives et pouvoirs du juge », *Gazette du Palais*, 2015, n°050, p. 22. Observations sous arrêt Civ.1^{ère}, 1^{er} oct 2014

94 Cass. Civ.1^{ère}, 19 févr. 2014, n° 12-23519, Obs sous arrêt Array Array, « L'office du juge en droit de la consommation : nouvelle (im)précision », *Gazette du Palais*, 2014, n°147.

95 G. Poissonnier, *op. cit.*

loi Châtel. Il aurait néanmoins, par exception, l'obligation de relever d'office les règles protectrices du consommateur lorsqu'elles résultent d'un texte de l'Union européenne.

En considérant l'évolution de la législation et de la jurisprudence s'agissant de l'office du juge, certains auteurs se sont donc demandés si le droit de la consommation ne relevait pas, aujourd'hui, de l'ordre public de direction, et non plus de protection. Cette extension de l'office du juge lui donnerait une fonction de « *police professionnelle* » qui modifie ses pouvoirs⁹⁶. Le droit de la consommation ne viserait plus à protéger les consommateurs contre les professionnels mais constituerait un simple « *moyen de réguler le marché en organisant les relations producteur-acheteur final* »⁹⁷.

Dans l'ordre public de protection, l'office du juge a donc connu une évolution impressionnante, notamment en droit de la consommation. Du refus du relevé d'office de tels moyens, la vision dynamique de la Cour de justice de l'Union européenne a permis une modification du droit interne vers une faculté, voire dans certains cas une obligation de relever d'office. Cette reconnaissance du pouvoir du juge en matière d'ordre public de protection est justifiée par la volonté de protection toujours accrue de la partie qualifiée de « faible » au contrat.

En raison de cette finalité particulière de l'ordre public de protection, non seulement l'office du juge a été modifié, mais les limites à cet office ont été nécessairement réduites. En effet, en principe, l'office du juge est limité par le principe dispositif et le principe du contradictoire. Or, en matière d'ordre public de protection, une dérogation partielle à ces limites est nécessaire afin de rendre effective la mission du juge de protection de la partie faible.

96 D. Fenouillet, « Les sanctions en droit de la consommation », *op. cit.*

97 G. Raymond, Droit de la consommation, Litec 2008, no 486.

Titre 2 – Les limites à l’office du juge en matière d’ordre public de protection : une dérogation partielle aux principes directeurs applicables au procès civil

Le Code de procédure civile prévoit que l’office du juge est enserré dans deux limites, à savoir le respect du principe dispositif selon lequel les parties disposent de la matière litigieuse, et le respect du principe du contradictoire.

Or, lorsqu’il est question d’ordre public de protection, le principe dispositif limitant l’office du juge s’est vu interprété de manière large afin de renforcer cet office (Chapitre 1).

Le respect de la contradiction est en revanche une limite absolue à laquelle il n’est pas possible de déroger (Chapitre 2).

Chapitre 1 – L’interprétation large du principe dispositif

« Plus que la distinction des nullités relatives et des nullités absolues, c’est le principe d’immuabilité du litige qui peut limiter les initiatives des magistrats : si le juge peut soulever d’office les moyens de pur droit, il ne peut statuer que « sur ce qui lui est demandé » »⁹⁸.

Cet obstacle a fait l’objet d’une divergence de jurisprudence sur le point de savoir si le relevé d’office d’une règle d’ordre public de protection respecte le principe dispositif et la neutralité du juge (Section 1). Mais les termes de la loi et de la jurisprudence font plutôt penser à une « *autosaisine* » du juge (Section 2).

Section 1 – Les divergences doctrinales quant au respect du principe dispositif

On opposera la thèse favorable au relevé d’office (Paragraphe 1) et celle défavorable à celui-ci (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La thèse favorable au relevé d’office

Une partie de la doctrine, favorable au relevé d’office par le juge d’un moyen d’ordre public de protection, a fait valoir que ce pouvoir ne portait ni atteinte à l’immuabilité du litige (A), ni à la neutralité du juge (B).

A – L’absence d’atteinte à l’immuabilité du litige

Pour de nombreux auteurs, le principe dispositif ne doit pas justifier l’interdiction faite au juge de relever d’office un moyen d’ordre public de protection. Selon l’article 5 du Code de procédure civile, le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. S’il accorde plus que ce qui lui est demandé, il statuera alors *ultra petita*. C’est donc l’interdiction faite au juge de statuer en méconnaissance des termes du litige. Le juge ne peut donc pas faire droit à des

⁹⁸ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 9e éd., *Précis Dalloz*, 2005, note 4, p. 397-398

prétentions qui ne lui sont pas soumises et ne peut pas motiver sa décision en s'appuyant sur des éléments de faits extérieurs au débat. Le principe dispositif ne concerne donc pas la règle applicable au litige et n'empêche pas le relevé d'office. Il se contente de limiter le relevé d'office des moyens de droit en interdisant au juge d'introduire de nouvelles prétentions dans le litige, et en l'obligeant à s'en tenir aux faits du dossier. Dès lors, cet article ne s'oppose pas à ce que le juge relève d'office un moyen de droit, sur le fondement de l'article 12 du Code de procédure civile, sous réserve de respecter ces deux limites. Or, comme l'ont affirmé des auteurs, le contrat dont l'irrégularité est relevée d'office est souvent produit par le demandeur, donc l'élément de fait sur lequel prend appui le moyen de droit relevé d'office par le juge est déjà présent dans le débat⁹⁹. De plus, il a été affirmé que lorsque le juge soulève d'office la nullité d'un acte, il n'y a pas atteinte au principe d'immutabilité du litige, la question de la validité d'un contrat étant toujours implicitement contenue dans la demande d'exécution de ce contrat. Et le fait que le juge relève d'office la nullité d'un acte ne signifie pas qu'il est en mesure de la prononcer.

Enfin, en droit de la consommation, l'article L. 141-4 du Code de la consommation (article R. 632-1 nouveau) donne au juge le pouvoir de relever d'office une irrégularité du contrat du crédit et la Cour de cassation, par un arrêt du 22 janvier 2009, a permis, en conséquence de ce relevé d'office, de prononcer la déchéance du prêteur du droit aux intérêts, si telle est la sanction prévue. Or, le fait de soulever d'office une irrégularité du contrat et de prononcer automatiquement la sanction de la déchéance du droit aux intérêts n'est pas non plus contraire au principe dispositif. En effet, Monsieur POISSONNIER a considéré que le juge, lorsqu'il prononce cette sanction, réduit le plus souvent le montant de la créance du prêteur. *« Si le montant des intérêts et frais est supérieur au montant du capital restant dû, le juge n'attribue la différence au consommateur que si ce dernier en a formulé expressément la demande ; dans le cas contraire, la créance est réduite à zéro, sans attribution de la différence au*

99 O. Gout, note sous arrêt Civ.1^{re}, 10 juillet 2002, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », D. 2003, Jur. 549, n°14 ; X. Lagarde, « Office du juge et ordre public de protection », JCP 2001, I, 312, spéc. n°5

consommateur »¹⁰⁰. Il n'y a donc pas modification des termes du litige ni de l'objet de la demande.

100 G Poissonnier, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *op. cit.*

B – L'absence d'atteinte à la neutralité du juge

Certains auteurs ont mis en avant que le juge devait rester neutre dans le litige¹⁰¹. Or, lorsque le juge soulève d'office un moyen d'ordre public de protection, notamment en droit de la consommation, il se mettrait au service de l'une des parties au litige, le consommateur « partie faible » et violerait ainsi son obligation d'impartialité et de neutralité¹⁰².

Or, il convient de bien définir ce qu'est la neutralité. Selon le dictionnaire Cornu, la neutralité est « *l'attitude d'impartialité du juge qui, exempt de toute idée préconçue, examine avec la même attention les éléments favorables ou défavorables à chacune des parties* »¹⁰³. Ainsi, comme l'ont souligné certains auteurs, « *l'impartialité du juge n'est pas synonyme de passivité* »¹⁰⁴ et ce n'est pas être partial que de relever d'office un moyen de nullité qui conduit à replacer le débat sur son exact terrain. Par ce pouvoir, le juge « *veut simplement éviter de manquer à sa fonction, en risquant d'appliquer un contrat dont la validité lui semble douteuse* »¹⁰⁵. Un auteur a également précisé que le relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection par le juge n'est pas un « engagement militant » dans la cause des personnes protégées par la disposition. Le juge qui relève d'office ce moyen ne le fait pas pour des raisons politiques¹⁰⁶. De même, pour Monsieur POISSONNIER, lorsque le juge relève d'office un moyen de droit, il se met « *au service de la loi et de son effectivité* », et non pas au service d'une partie. Il agit en « *serviteur de la loi* ». Lorsque le juge relève d'office un moyen d'ordre public de protection, il ne fait qu'appliquer la loi, ce qui relève de son office. Le moyen relevé d'office est celui tiré de l'irrégularité du contrat de crédit par rapport aux dispositions légales et réglementaires, et non le moyen tiré de la sanction, la déchéance du droit aux intérêts qui n'en est que la conséquence automatique. Il ne peut donc pas

101 I. Fadlallah et C. Baude-Texidor, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, *op. cit.*

102 R. Martin, *L'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile*, D. 1996. Chron. 20

103 Vocabulaire juridique de G. Cornu, PUF, coll. « Quadrige », 5e éd., 2004, Vo Neutralité

104 P. Flores et G. Biardeaud, *op. cit.*

105 Jacques Ghestin, *Mélanges Draï*, Dalloz 2000, p. 597-598

106 D. Fenouillet, « Les sanctions en droit de la consommation », *op. cit.*

lui être reproché de relever d'office ce moyen, qui relève de son office, même si l'application du texte a pour effet de systématiquement protéger les personnes désignées par le législateur comme devant être protégées. Il n'y a donc pas atteinte à impartialité du juge lorsqu'il prononce la sanction dans le respect du contradictoire, car elle constitue la sanction automatique prévue par le législateur et visent à sanctionner le non-respect de la loi par un professionnel. En effet, il serait « *absurde, sur l'autel d'une impartialité mal comprise, de contraindre le juge, garant de la loi et de l'ordre public, à « valider » des irrégularités commises par les parties* »¹⁰⁷.

Plus encore, pour Monsieur RAYMOND, avec l'introduction de l'article L. 141-1 du Code de la consommation (article R. 632-1 nouveau), la déchéance du droit aux intérêts n'apparaîtrait plus comme une peine privée, mais comme la sanction d'un manquement à une règle d'ordre public¹⁰⁸. Ainsi, comme l'a souligné Monsieur NORMAND, en procédant, conformément à l'article 12 du Code de procédure civile, à l'application de la règle de droit appropriée après avoir sollicité les observations des parties, le juge s'inscrit dans le cadre de l'impartialité prévue par l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁰⁹.

A ces arguments, d'autres auteurs répliquent qu'au contraire, le relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection porte effectivement atteinte au principe dispositif.

Paragraphe 2 – La thèse défavorable au relevé d'office

La doctrine étant fortement divisée sur ce point, il convient à présent de présenter les arguments défavorables au relevé d'office par le juge d'un moyen d'ordre public de protection, lequel porterait atteinte à l'immutabilité du litige (A) et à la neutralité du juge (B).

¹⁰⁷ G. Poissonnier, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *op. cit.*

¹⁰⁸ G. Raymond, CCC oct. 2008, n° 249

¹⁰⁹ J. Normand, RTD civ. 1996. 689

A – L'atteinte à l'immutabilité du litige

Comme énoncé précédemment, afin de justifier que le prononcé d'office d'une déchéance du prêteur de son droit aux intérêts ne méconnaît pas le principe dispositif, il est avancé que ce prononcé a seulement pour effet de minimiser la demande du prêteur. L'objet du litige est alors ramené à une simple demande chiffrée. Cette conception matérielle de l'objet du litige est celle d'Henri MOTULSKY qui définit l'objet du litige comme un « *résultat économique et social* », c'est-à-dire quelque chose de concret, détaché de toute qualification juridique. Cette analyse est déduite de l'adage *da mihi factum, dabo tibi jus* qui renvoie à une conception particulière du juge : il est l' « agent de la règle de droit »¹¹⁰. Ainsi, dans cette conception, ce qui tend à réduire le quantum de la demande, et notamment le prononcé d'une sanction civile, est un simple moyen susceptible d'être relevé d'office. Néanmoins, pour Monsieur LAGARDE, cette conception de l'office du juge et de l'objet du litige semble obsolète. En effet, depuis le nouveau Code de procédure civile, « *il revient au juge, non pas de donner du droit à qui n'aurait que le fait, mais de trancher entre deux causes, présentées comme justes, et, de ce fait, dotées d'une coloration juridique* ». Ainsi, cet auteur préconise un renforcement des moyens procéduraux afin de protéger la partie faible et non le pouvoir de relever d'office un moyen d'ordre public de protection, lequel constitue « *une altération de l'office du juge* », lequel est amené, au mépris des termes du litige, à prononcer une sanction que le consommateur n'a pas demandé. Ainsi, pour cet auteur, afin de respecter le principe dispositif, il faudrait limiter la déchéance aux créances d'intérêts non recouvrées, et donc ne faire jouer la sanction que pour l'avenir.

De plus, certains auteurs, en réponse à l'argument selon lequel le juge qui relève d'office un moyen et notamment la déchéance du droit aux intérêts, ce n'est pas la même chose qu'un juge qui prononce d'office cette sanction, ont mis en avant le fait qu'il n'y a pas de distinction entre « *relevé* » et « *prononcé* » d'office car sous des

¹¹⁰ Xavier Lagarde, note sous arrêt Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n° 05-20.176, FS P+B+I, Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton : JurisData n° 2009-046627, « Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation », La Semaine Juridique Edition Générale n°9, 25 février 2009, II 10037

termes différents, « *la réalité est la même* »¹¹¹. En effet, le relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection par le juge lui permet de réadapter le fondement juridique à l'appui d'une fin que l'une des parties entend voir consacrer. Mais cela ne signifie pas que le juge puisse dicter lui-même la fin à atteindre¹¹².

Ainsi, en prononçant la déchéance du droit aux intérêts, le juge introduit à la place du défendeur une nouvelle prétention dans le litige. Le juge méconnaît alors les termes du litige tels que définis par les articles 4 et 5 du Code de procédure civile, même s'il s'appuie sur un élément de fait versé aux débats (le contrat produit par le demandeur) (article 7 alinéa 2 du Code de procédure civile) et provoque un débat contradictoire¹¹³.

B – L'atteinte à la neutralité du juge

Certains auteurs ont considéré que le relevé d'office par le juge d'un moyen d'ordre public de protection, une nullité relative ou la déchéance du droit aux intérêts, portait atteinte au principe de neutralité du juge¹¹⁴. Monsieur GAUTIER a même qualifié cette démarche du juge d' « *abus manifeste de pouvoir* »¹¹⁵. En effet, la Cour de cassation a pu juger que la déchéance du droit aux intérêts est une sanction civile d'un genre particulier. Ce n'est pas une nullité mais une peine privée dont l'objet est d'introduire un déséquilibre dans le contrat de prêt en maintenant le bénéfice du terme à l'emprunteur tout en le dispensant de ce qui en constitue la contrepartie, à savoir le paiement des intérêts. dès lors, la Cour de cassation a, en partie, calé le régime de la

111 I. Fadlallah et C. Baude-Texidor ; *Contra* : Eudier, note sous Cass. com. 3 mai 1995, D. 1997, Jur. p. 124

112 G. Couturier : « La confirmation des actes nuls », LGDJ, 1972, n° 304 : « Sans doute [le juge] peut-il (...) rectifier le fondement d'une action en nullité maladroitement engagée et faire application d'une règle d'ordre public que les parties n'avaient pas songé à invoquer mais il ne saurait prononcer une nullité que nul n'aurait demandée »

113 B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », D. 2010, p. 1300

114 I. Fadlallah et C. Baude-Texidor, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation, éloge de la neutralité judiciaire*, op. cit.

115 S. Gautier, *Crédit permanent : martyr des juges du fond*, LPA, 17 oct. 2005. 3

déchéance sur celui des sanctions pénales en posant un principe d'interprétation stricte des textes prévoyant une telle sanction¹¹⁶.

Ainsi, pour beaucoup d'auteurs, la sanction de la déchéance du droit aux intérêts, prévue en cas d'irrégularité du contrat, a le caractère d'une peine privée et donc le juge, en la prononçant d'office, violerait l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Monsieur LAGARDE a en effet avancé que le juge qui prononce une telle sanction ne peut être impartial car il « *cumule alors des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement pour in fine prononcer une peine dont la dimension répressive est avérée* »¹¹⁷.

La doctrine est donc divisée sur le respect du principe dispositif lorsque le juge relève d'office un moyen d'ordre public de protection. Néanmoins, en droit de la consommation, avec l'article L. 141-4 du Code de la consommation (article R. 632-1 nouveau), est-on réellement dans le relevé d'office ? Il s'agirait plutôt de l'« *autosaisine* » du juge.

Section 2 – L'« autosaisine » du juge

Si, conformément à l'article 12 du Code de procédure civile, le juge peut relever d'office des moyens de droit, ce n'est qu'à la condition de respecter les principes directeurs du procès et notamment le principe dispositif. Or, il n'est pas certain que le relevé d'office de l'article 12 soit applicable aux dispositions du Code de la consommation (Paragraphe 1), ce qui explique l'éviction par la jurisprudence européenne et la loi du principe dispositif afin de protéger le consommateur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La non-application du relevé d'office de l'article 12 du Code de procédure civile aux dispositions du Code de la consommation

¹¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000, n° 97-22394 : JurisData n° 2000-002488 ; Bull. civ. 2000, I, n° 191 ; JCP G 2000, IV, 2384 . – Déjà Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2000, n° 97-17.412 : JurisData n° 2000-001870 ; Bull. civ. 2000, I, n° 139 ; JCP G 2000, IV, 2132

¹¹⁷ X. Lagarde, note sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000, *op. cit.*

Si, pour certains auteurs, l'article L. 141-4 du Code de la consommation (article R. 632-1 nouveau) autorisant le juge à relever d'office la violation d'une règle de droit de la consommation semble faire doublon avec l'article 12 du Code de procédure civile permettant au juge de relever d'office un moyen de droit¹¹⁸, d'autres ont mis en évidence la non-application du relevé d'office de cet article 12 aux dispositions du Code de la consommation¹¹⁹. Celle-ci se justifie par une différence de domaine (A) et de finalité (B) entre ces deux articles.

118 G. Poissonier, Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue, *op. cit.*

119 B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *op. cit.*

A – Une différence de domaine

L'article L. 141-4 alinéa premier du Code de la consommation (article R. 632-1 nouveau) conférant au juge le pouvoir de relever d'office les dispositions du Code de la consommation paraît, *a priori*, conforme à l'article 12 du Code de procédure civile et à l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 consacrant le caractère non obligatoire pour le juge de relever d'office des moyens de droit, sauf règles particulières¹²⁰. Néanmoins, certains auteurs se sont demandés s'il était toujours question du relevé d'office lorsque la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 janvier 2009, admet que le juge puisse prononcer d'office les sanctions qui découlent de l'irrégularité du contrat de crédit relevé d'office¹²¹. Par ce revirement, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir soulevé d'office l'irrégularité d'une offre de crédit et prononcé d'office la déchéance du droit aux intérêts du banquier, mais la Cour de cassation ne vise pas l'article 12 du Code de procédure civile. Elle vise l'article 6 du Code civil¹²² et le texte du Code de la consommation méconnu. Madame GORCHS s'est demandée si le législateur n'avait pas voulu, avec cet article L. 141-4 du Code de la consommation, « *transposer dans la procédure civile la conception que se fait le juge communautaire de l'office du juge dans l'application du droit de la consommation* »¹²³.

L'article L. 141-4 du Code de la consommation parle bien de relevé d'office des moyens tirés de la violation des dispositions dudit Code, mais il ne doit pas être rattaché au relevé d'office des moyens de droit de l'article 12 du Code de procédure civile. En effet, la notion de moyen de droit dans le relevé d'office est étroite. Dans sa thèse, Monsieur MOURY en a proposé une définition, proche de l'application qu'en fait la jurisprudence : il s'agit de « *l'énonciation* » par le juge « *d'une règle de droit d'où l'on va déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense* »¹²⁴. Un juge qui relève un moyen de droit applique aux faits dans le débat une norme qu'aucune des parties

120 Cass., ass. plén., 21 déc. 2007, JCP G 2008. II. 10006, note L. Weiller ; D. 2008. 228 , obs. L. Dargent, et chron. 1102, par O. Deshayes ; RDI 2008. 102 , obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2008. 317 , obs. P.-Y. Gautier

121 Not. B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *op. cit.*

122 « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »

123 *Ibid*

n'invoque. De là est née en jurisprudence une distinction entre moyen de droit et moyen dans la cause. Le juge qui relève un moyen dans la cause vérifie les conditions d'application d'une norme dont se prévaut l'une des parties. Or le pouvoir de relever un moyen dans la cause ne peut pas être rattaché au relevé d'office : *« ce qui est en question, c'est la règle de droit qu'avait invoquée la partie et dont l'application ou la non-application était en débat »*¹²⁵. Dès lors, lorsque le juge examine le caractère abusif ou illicite d'une clause contractuelle, le juge ne relève pas un moyen mais vérifie l'applicabilité de la clause au litige, il est dans son activité de *juridictio*. Cette activité ne doit donc pas être rattachée au relevé d'office des moyens de droit puisqu'il est dans sa mission de « dire le droit ». Ainsi, le domaine de l'article L. 141-4 du Code de la consommation et celui de l'article 12 du Code de procédure civile diffèrent car le juge, sans avoir à relever d'office, doit écarter l'application au litige d'une clause abusive ou illicite. De plus, le juge qui relève d'office le manquement à une disposition excède les limites de sa saisine si cela le conduit à introduire une prétention qui n'est pas dans le litige et à prononcer une sanction attachée à ce manquement.

B – Une différence de finalité

Si l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 consacre le caractère facultatif pour le juge de relever d'office des moyens de droit, sauf règles particulières, de la même manière que l'article L. 141-4 alinéa premier du Code de la consommation (article R. 632-1 nouveau), la finalité de ce caractère facultatif du relevé d'office diffère. En effet, la décision de la Cour de cassation *« repose sur l'idée que (...) le juge (...) n'a pas à remplir tous les rôles, et qu'il revient aux parties elles-mêmes (...) d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder leurs prétentions »*¹²⁶.

Or, les arguments qu'invoque le rapporteur du texte de l'article L. 141-4 au Sénat sont à contre-courant de cette conception procédurale de l'office du juge :

124 J. Moury, Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau code de procédure civile, thèse, Paris II, 1986, p. 77

125 J. Normand, J.-Cl. Procédure civile, *Principes directeurs du procès*, Fasc. 152, 1995, n° 49 ; J. Moury, thèse préc., p. 163

126 Communiqué relatif à l'arrêt n° 564 du 21 déc. 2007, www.courdecassation.fr

instaurer une « *mesure d'équité* », « *indispensable à l'effectivité de la protection du consommateur* », pour compenser un déséquilibre des rapports entre le consommateur et le professionnel¹²⁷. Et, sur la limitation contestée du texte aux seules affaires relevant du droit de la consommation, il est dit que ce droit étant « *un droit d'exception* », « *il peut à ce titre (...) bénéficier de cette mesure d'exception* ». Ce propos souligne que l'article L. 141-4 crée sur mesure un office du juge propre au droit de la consommation. Si l'on s'en tient à la volonté du législateur, le caractère facultatif de l'exercice de ce nouveau pouvoir ouvre au juge la possibilité d'en décider « *lorsque l'occasion lui paraît propice* »¹²⁸. C'est soumettre l'application du texte à l'arbitraire du juge.

Dès lors, le juge français qui, au-delà de l'objet du litige, applique d'office les dispositions du code de la consommation, n'utilise pas la technique procédurale affichée du relevé d'office mais celle de l'autosaisine. Si l'article 12 alinéa premier du Code de procédure civile peut suffire à écarter d'office l'application d'une clause abusive ou illicite dont l'exécution est demandée, c'est en violation de l'objet du litige que le juge relève d'office les irrégularités qu'il découvre dans les contrats de consommation et applique d'office les sanctions prévues.

Dès lors, selon Madame GORCHS, le législateur s'est trompé de qualification et a choisi un moyen inadéquat pour assurer au consommateur une protection effective. La loi du 3 janvier 2008 autorise non pas du « relevé d'office » mais de « l'autosaisine »¹²⁹.

Paragraphe 2 – L'éviction du principe dispositif aux fins de protection de la partie faible

La volonté de protéger la partie faible, en l'occurrence le consommateur, a conduit la Cour de justice de l'Union européenne (A) et le législateur français (B) à mettre à l'écart le respect du principe dispositif en cas de relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection par le juge.

¹²⁷ Rapport G. Cornu, JO Sénat, Doc. n° 111, p. 99 s

¹²⁸ *Ibid*

¹²⁹ B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *op. cit.*

A – L'éviction par la jurisprudence européenne

La Cour de justice de l'Union européenne, dans une volonté d'imposer sa propre conception de l'office du juge, a affirmé la mise à l'écart de l'autonomie procédurale des Etats membres et du principe dispositif s'agissant du relevé d'office des clauses abusives par le juge. Depuis son arrêt *Pannon* de 2009, il est acquis que la Cour de justice fait obligation au juge national de relever d'office une clause contractuelle abusive « *dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* ». Cet arrêt ne précisant pas si les éléments permettant de caractériser cette clause d'abusives devaient ou non être dans le débat, s'ils constituaient ou non un préalable nécessaire, la Cour de justice a précisé sa solution par un arrêt du 9 novembre 2010. La Cour de justice considère explicitement que l'exigence préalable d'éléments de droit ou de fait afin de caractériser une clause abusive, n'est pas conforme à la directive relative aux clauses abusives.

A moins de limiter cette jurisprudence aux seules clauses attributives de juridiction, en cause en l'espèce, les juges nationaux doivent « prendre d'office les mesures d'instruction » nécessaires afin d'établir si la clause litigieuse entre dans le champ d'application de la directive, et dans l'affirmative, apprécier d'office son éventuel caractère abusif. Le juge français ne doit donc pas être limité, pour la Cour de justice, par les faits du litige pour relever d'office une clause abusive. Elle évince donc le principe d'intangibilité des faits (articles 6 et 7 du Code de procédure civile), branche du principe dispositif, pour protéger les consommateurs contre les clauses abusives.

Dès lors, l'article L. 141-4 alinéa 2 du Code de la consommation (article R. 632-1 nouveau), introduit par la loi du 17 mars 2014, dite loi Hamon, relative à la consommation qui dispose que le juge « *écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* », peut s'avérer contraire à la jurisprudence de la Cour de justice. Le juge français, contrairement au principe dispositif, a l'obligation de rechercher par des mesures d'instruction les éléments lui permettant de relever le caractère abusif d'une clause, dès lors que ces éléments ne seraient pas dans le débat.

Le principe dispositif semble également avoir été écarté par le législateur français en 2008.

B – L'éviction par la loi

Depuis la loi du 3 janvier 2008, l'article L. 141-4 du Code de la consommation (article R. 632-1 nouveau) permet au juge de soulever d'office « *toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ». Si, comme il a été rappelé, pour certains auteurs cet article semblait faire doublon avec l'article 12 du Code de procédure civile, pour d'autres en revanche cet article n'avait de sens que s'il s'interprétait en réaction aux règles procédurales de droit commun. Dès lors, le juge a la possibilité de soulever d'office des moyens en droit de la consommation, mais contrairement au relevé d'office des moyens de droit de l'article 12 du Code de procédure civile, le juge pourrait le faire sans nécessairement respecter le principe dispositif, ou, à tout le moins, en en ayant une interprétation extrêmement large.

De plus, l'article L. 141-4 du Code de la consommation énonce que le juge peut soulever d'office les « *dispositions* » dudit Code. Ces termes vagues peuvent laisser entendre que le législateur ne fait aucune distinction entre moyen et demande¹³⁰. Le juge a donc la faculté, conformément à ce texte, de relever d'office les dispositions consuméristes, peu importe la qualification de moyen ou de demande. Or, selon le principe d'indisponibilité de la matière litigieuse par le juge, celui-ci ne peut pas modifier l'objet du litige et relever d'office des demandes (articles 4 et 5 du Code de procédure civile). L'article L. 141-4 permet donc de passer outre cette limite.

Le relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection par le juge permet donc à la partie faible en général et au consommateur en particulier d'être mieux protégé. Néanmoins cette protection doit passer par une mise à l'écart d'une application stricte du principe dispositif.

¹³⁰ C. Aubert de Vincelles, « L'office du juge toujours renforcé : nouvelle illustration en matière de sanction dans la vente », *Revue des contrats*, 2014, n°01, p. 93. Observations sous l'arrêt CJUE, 3 oct. 2013, n° C-32/12, Duarte Hueros

Le respect du principe du contradictoire reste donc la seule limite intangible au relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection.

Chapitre 2 : L'exigence constante du respect du principe du contradictoire

Le principe du contradictoire ou de la contradiction est défini aux articles 14 à 17 du Code de procédure civile et constitue le cœur du principe des droits de la défense. Longtemps confondus, le principe de la contradiction n'est néanmoins qu'un aspect des droits de la défense, la défense englobant la contradiction mais ne se réduisant pas à elle. Cependant, ces deux principes peuvent être rapprochés dans le sens où le principe de la contradiction, comme l'ensemble des droits de la défense, illustre une société qui reconnaît une certaine égalité entre les citoyens.

Le principe du contradictoire présente une double dimension, illustré par le Code de procédure civile. En vertu de ce principe, chacun a le droit d'être entendu ou appelé à l'instance où il est jugé. A ce droit s'ajoute un devoir, celui de communiquer les pièces, éléments et moyens et de les soumettre à un débat contradictoire afin de garantir la loyauté de l'instance. Ce devoir s'impose non seulement aux parties et au ministère public mais également au juge, conformément à l'article 16 du Code de procédure civile. Cette obligation pour le juge de respecter le principe du contradictoire est générale et l'alinéa 3 de cet article (*Il ne peut fonder sa décisions sur les moyens de droit qu'il a relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ») l'impose précisément en cas de relevé d'office d'un moyen de droit par le juge, donc, par extension, d'un moyen de droit tiré de l'ordre public de protection.

Dès lors, le respect de la contradiction constitue la limite absolue (Section 1) et nécessaire (Section 2) au relevé d'office par le juge d'un moyen d'ordre public de protection.

Section 1 – Le respect de la contradiction comme limite absolue au relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection

Le respect du principe du contradictoire en cas de relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection par le juge a été affirmée tant au niveau européen (Paragraphe 1) qu'en droit interne (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Limite reconnue au niveau européen

La Cour européenne des droits de l'homme comme la Cour de justice de l'Union européenne ont eu l'occasion d'affirmer l'exigence du respect du principe du contradictoire par le juge à de nombreuses reprises, notamment pour condamner le juge français trop extensif sur les limites au respect de ce principe (A), et affirmer cette exigence dans le cas du relevé d'office d'une disposition consumériste (B).

A – La condamnation européenne du procédé de « moyen dans la cause »

Selon l'article 16 alinéa 3 du Code de procédure, le juge « *ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ». *A contrario*, ce texte laisse entendre que certaines initiatives du juge seraient susceptibles d'échapper au principe de soumission du juge à la contradiction. Ainsi, pendant un temps le juge interne a restreint le champ d'application du principe du contradictoire lorsque le juge relevait d'office un moyen non constitutif d'un moyen de droit au motif qu'il est « dans la cause ». Cette notion trouve à s'appliquer dans deux hypothèses. Tout d'abord, lorsque les parties ont invoqué des règles de droit au soutien de leurs prétentions et que le juge se borne à vérifier si les conditions d'application de ces règles sont réunies ou non. Dans ce cas, selon une jurisprudence traditionnelle, le juge n'était pas tenu d'inviter les parties à présenter leurs observations¹³¹. Ensuite, la notion de « moyen dans la cause » était utilisée lorsque le juge requalifie les faits et actes litigieux spécialement invoqués par les parties. La jurisprudence dispensait alors le juge de soumettre son initiative à la discussion des parties¹³². Cette conception du débat contradictoire a été condamnée par

131 V. par ex. Civ. 1^{re}, 23 mars 1977, Bull. civ. I, no 246. - Com. 26 juin 1984, Bull. civ. IV, no 205. - Civ. 2^e, 17 nov. 2005, no 04-10.741, Bull. civ. II, no 297 ; Procédures 2006, no 4, obs. Perrot. - Com. 6 mai 2002, Procédures 2002, no 137, obs. Perrot. - Civ. 1^{re}, 19 févr. 2013, no 12-15.764, Juris Data no 002781

132 V. par ex. Civ. 1^{re}, 7 juill. 1981, Bull. civ. I, no 250 ; RTD civ. 1982. 461, obs. Normand, à propos d'un acte de partage requalifié en transaction : le juge « ne viole pas le principe de la contradiction en restituant à l'acte litigieux son exacte qualification et en appliquant la règle de droit résultant de cette qualification ». - Civ. 1^{re}, 20 mai 1981, JCP 1981. IV. no 280. - Civ. 3^e, 5 mars 2008, no 06-19.237, LPA 23 févr. 2009, p. 7, note Mayer

la Cour européenne des droits de l'homme¹³³. Le gouvernement faisait valoir que la Cour de cassation n'avait pas à respecter les dispositions de l'article 1015 sur le contradictoire, dès lors qu'elle n'avait relevé d'office aucun moyen au stade de la procédure de cassation, puisque le moyen substitué était « déjà dans le débat », tout en reconnaissant que le moyen était « clairement » de pur droit. Mais la Cour européenne des droits de l'homme estime que les parties ont été privées de la possibilité de répliquer au moyen relevé par la Cour, ce qui contrevient à l'article 6, paragraphe premier de la Convention européenne.

La tentation de réduire le champ d'application du principe du contradictoire et la notion de moyen dans la cause ou dans le débat ont donc été condamnées par la Cour européenne. En cas de relevé d'office d'un moyen par le juge, ce dernier doit respecter le principe de la contradiction. La Cour de justice de l'Union européenne l'a également affirmé à propos du relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection en matière de droit de la consommation.

B – L'affirmation du respect de la contradiction en cas de relevé d'office d'une disposition du Code de la consommation

Depuis l'arrêt *Pannon* de 2009, la Cour de justice de l'Union européenne ne cesse de réaffirmer le devoir du juge de relever d'office une clause abusive, la situation d'inégalité entre le professionnel et le consommateur justifiant l'intervention du juge, et ce devoir permettant d'assurer l'effectivité de la protection prévue par la réglementation européenne sur les clauses abusives. Elle l'a fait notamment dans un arrêt du 21 février 2013¹³⁴. Par cet arrêt, la Cour de justice affirme en effet que la directive de 1993 relative aux clauses abusives doit être interprétée en ce sens que le juge qui a constaté d'office le caractère abusif d'une clause, n'est pas tenu d'attendre que le consommateur, informé de ses droits, présente une déclaration demandant que ladite clause soit sanctionnée.

¹³³ CEDH 13 oct. 2005, *Clinique des Acacias c/ France*, JCP 2006. I. 109, no 6, obs. Sudre ; Dr. et proc. 2006/2, p. 14, obs. Fricero et Chardon

¹³⁴ CJUE, 21 févr. 2013, no C-472/11, *Banif Plus Bank c/ Csaba Viktoria Csipai* : Gazette du Palais, 2013, n°192 obs. Stéphane Piedelièvre ; EDCO, 2013, n°04, p.7 obs. Sabine Bernheim-Desvaux

Toutefois, l'apport principal de cet arrêt réside dans les limites de cet office du juge en présence d'une clause abusive. Si le juge doit pouvoir tirer toutes les conséquences de la constatation d'office du caractère abusif, sans attendre que le consommateur, informé de ses droits, présente une déclaration demandant que ladite clause soit sanctionnée, il doit cependant respecter le principe du contradictoire. Or, comme le rappelle la Cour de justice, le principe du contradictoire ne confère pas seulement à chaque partie à un procès le droit de prendre connaissance des pièces et des observations soumises au juge par son adversaire, et de les discuter, mais implique également le droit des parties de prendre connaissance des moyens de droit relevés d'office par le juge, sur lesquels celui-ci entend fonder sa décision, et de les discuter. Donc lorsque le juge relève d'office une clause abusive, il est tenu d'en informer les parties au litige et de les inviter à en débattre contradictoirement.

L'exigence de respecter le principe de la contradiction a également été réaffirmée par la Cour de justice dans un arrêt du 30 mai 2013¹³⁵.

Paragraphe 2 – Limite conforme au droit interne

D'une manière générale, le droit français impose au juge de respecter le principe du contradictoire en cas de relevé d'office d'un moyen de droit (A) et plus précisément d'un moyen d'ordre public de protection tiré du droit de la consommation (B).

A – Le respect du contradictoire par le juge en cas de relevé d'office de moyens de droit

Conformément à l'article 16 du Code de procédure civile, l'action du juge doit se faire dans le respect du principe du contradictoire. Le juge doit « *faire observer* » ce principe, mais également « *l'observer lui-même* ». Le devoir pour le juge de soumettre ses initiatives à un débat contradictoire des parties vaut donc pour toutes ses activités. En effet, le texte ne mentionne pas seulement les éléments qui seraient « spécialement

¹³⁵ CJUE, 30 mai 2013, n° C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusseet Katarina de Man Garabito c/ Jahani BV : EDCO, 2013, n°07, p.2, obs. Sabine Bernheim-Desvaux

invoqués par les parties » mais tous les éléments « produits » par elles. Le juge doit donc se soumettre au contradictoire, notamment lorsqu'il relève un moyen de fait non invoqué par les parties, pris parmi les « faits adventices ».

S'agissant du relevé d'office d'un moyen de droit par le juge, la question a été plus débattue. En effet, à la suite de modifications dans la rédaction initiale des textes issus des décrets du 9 septembre 1971 et du 20 juillet 1972, la jurisprudence a hésité sur la mesure exacte de l'obligation du juge de respecter le principe du contradictoire en cas de relevé d'office d'un moyen de droit. En effet, l'article 16 alinéa premier du Code de procédure civile et l'article 12 alinéa 3 du même Code, tels qu'ils résultaient du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile, dispensaient le juge d'observer le principe de la contradiction des débats lorsqu'il relevait d'office un moyen de pur droit. Si cette solution avait perduré, et selon l'analyse de Monsieur CADIET qui considère que le moyen tiré de la méconnaissance d'une règle d'ordre public de protection constitue un moyen de pur droit¹³⁶, le juge n'aurait pas eu à respecter le principe du contradictoire en cas de relevé d'office d'une nullité relative par exemple.

Le Conseil d'Etat a néanmoins annulé l'article 16 alinéa premier et l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure par un important arrêt du 12 octobre 1979¹³⁷ et un décret n°81-500 du 12 mai 1981 donna à l'article 16 alinéa 3 sa rédaction actuelle. Ainsi, dès que le juge décide d'appliquer une règle de droit autre que celle invoquée par les parties, il doit respecter le contradictoire en sollicitant les observations des parties. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation¹³⁸. Dès lors, le domaine actuel du respect du contradictoire quant au relevé d'office des moyens de droit est vaste. Cela vaut pour tous les éléments que le juge est amené à prendre en considération en fait et en droit, qu'il s'agisse de moyens de procédure ou de fond, seraient-ils de pur droit ou mélangés de fait et de droit. L'obligation vaut également lorsque le juge requalifie les

¹³⁶ L. Cadiet, Droit judiciaire privé, Litec 2e éd. 1998, no 1133, p. 487

¹³⁷ CE 12 oct. 1979, D. 1979. 606, obs. Bénabent et Chron. Delvové, « Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'Etat », D. 1979, Chron. 281, Gaz. Pal. 1980. 6, note Julien, Chron. Viatte, JCP 1980. II. 19288, concl. Franc, obs. Boré

¹³⁸ Cass. ch. mixte, 10 juillet 1981, Gaz. Pal. 1981. 1981. 627, note Viatte ; D. 1981. 637, concl. Cabannes ; D. 1982. Chron. 55, ét. Bénabent ; RTD civ. 1981. 677, obs. Normand

actes et faits litigieux, au moins lorsque la prise en considération des faits non spécialement invoqués s'accompagne du relevé d'office d'un moyen de droit¹³⁹.

Le respect du contradictoire a également été rappelé par la loi en cas de relevé d'office d'une disposition du Code de la consommation.

B – Le respect du contradictoire par le juge en cas de relevé d'office d'une disposition consumériste

L'article L. 141-4 du Code de la consommation tel que modifié par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation (article R. 632-1 nouveau) dispose que :

« Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application.

Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ».

L'alinéa premier ne précise pas que la faculté du juge de relever d'office la méconnaissance d'une disposition du Code de la consommation doit s'exercer dans le respect du principe du contradictoire. Néanmoins, cette limite n'a jamais été débattue dans son principe. Un auteur a néanmoins soulevé le problème du respect effectif de cette contradiction. En effet, lorsque le juge décide de soulever d'office une règle, il aura le choix entre deux attitudes : soit ordonner un renvoi, soit inviter les parties à débattre immédiatement sur celle-ci étant donné qu'il s'agit d'une procédure orale. Dans ce dernier cas, le principe du contradictoire sera respecté formellement, mais il n'est pas certain qu'il le soit toujours réellement, si l'adversaire n'a pas les compétences pour en discuter¹⁴⁰.

En revanche, l'alinéa 2 énonce explicitement que l'obligation du juge de relever d'office une clause abusive devra se faire « après avoir recueilli les observations des parties », donc en respectant le principe du contradictoire. Cette précision peut paraître redondante au regard des principes directeurs applicables au procès civil en droit

¹³⁹ Civ. 1^{re}, 20 nov. 1984, D. 1985. IR 265, obs. Julien. Civ. 2^e, 7 mars 1985, JCP 1986. II. 20589, note Lindon et Bénabent (2^e arrêt) ; RTD civ. 1986. 795, obs. Normand. Civ. 1^{re}, 27 oct. 1993, D. 1994. 211 et Chron. Bénabent, D. 1994. 115

¹⁴⁰ S. Piedelièvre, « Droit de la consommation et office du juge », Recueil Dalloz 2009, p. 908

interne, de l'application intransigeante que fait la Cour de cassation de ce principe du contradictoire et de la validation de ce dernier par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁴¹. Néanmoins, elle démontre la volonté du législateur d'enserrer l'office du juge dans des limites plus étroites lorsque ce dernier a l'obligation de relever d'office un moyen d'ordre public de protection. La référence au droit substantiel et à la théorie du droit de critique du contrat n'est peut-être pas totalement oubliée. La méconnaissance des dispositions relevant de l'ordre public de protection ne pouvant être traditionnellement invoquée que par la partie que la disposition entend justement protéger, l'obligation de relever d'office cette irrégularité conférée au juge par la loi doit être limitée par le respect du principe de la contradiction. Le but étant de ne pas méconnaître l'objectif poursuivi par l'ordre public de protection.

Le principe du contradictoire apparaît dès lors comme une des limites les plus importantes, si ce n'est la seule, au relevé d'office par le juge d'un moyen d'ordre public de protection. Son respect est en effet nécessaire dans cette hypothèse.

Section 2 – La nécessité du respect du principe du contradictoire en matière de relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection

Le respect du principe du contradictoire en cas de relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection par le juge est nécessaire afin, d'une part, d'assurer l'objet de l'ordre public de protection (Paragraphe 1) et, d'autre part, de garantir l'égalité des armes entre les parties au litige (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L'objet de l'ordre public de protection assuré

Le principe du contradictoire permet au consommateur de s'opposer au relevé d'office par le juge de la méconnaissance d'une disposition du Code de la

¹⁴¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47. V. égal. CJUE, 21 févr. 2013, n° C-472/11, Banif Plus Bank : Contrats, conc., consom. 2013, comm. 142, obs. G. Raymond ; JCP E 2013, 1226, note S. Moracchini-Zeidenberg ; Europe 2013, comm. 183, obs. J. Dupont-Lassalle ; RTD eur. 2013, p. 559, n° 8, obs. C. Aubert de Vincelles

consommation et au prononcé de la sanction qui s'y attache (A), cette possibilité constituant une limite conforme à l'objectif poursuivi par l'ordre public de protection (B).

A – La possibilité d’opposition du consommateur

Dans son arrêt *Pannon* rendu le 4 juin 2009, la Cour de justice des Communautés européennes a fait obligation au juge d’examiner d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle¹⁴². La Cour de justice avait néanmoins posé deux limites à cet office du juge. Tout d’abord, ce dernier devait disposer « *des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* ». On l’a vu, cette limite a été balayée par un arrêt du 9 novembre 2010 par lequel la Cour de justice de l’Union européenne affirme que le juge doit « *prendre d’office des mesures d’instruction afin d’établir* » si une clause entre dans le champ d’application de la directive de 1993 relative aux clauses abusives et, « *dans l’affirmative, apprécier d’office le caractère éventuellement abusif d’une telle clause* »¹⁴³. Reste donc la seconde limite à l’office du juge : l’opposition du consommateur. Dès lors, si le juge a bien l’obligation de relever d’office le caractère abusif d’une clause, il ne pourra pas en tirer les conséquences si le consommateur s’y oppose.

Or, l’opposition du consommateur, souvent défendeur au litige, ne pourra avoir lieu que si le principe de la contradiction est respectée, c’est-à-dire si chaque partie, et donc en l’occurrence ici le consommateur, peut prendre connaissance des moyens de droit relevés d’office par le juge, sur lesquels il entend fonder sa décision, et peut les discuter. L’obligation de respecter le principe du contradictoire répond donc à l’obligation du juge de tenir compte, le cas échéant, de la volonté exprimée par le consommateur lorsqu’il s’oppose à ce que la clause soit écartée.

Si cette limite à l’office du juge n’a pas été reprise par la loi ou la jurisprudence de la Cour de cassation, elle découle nécessairement de la mise en œuvre du principe de la contradiction et de la logique même de l’ordre public de protection.

B – Une limite conforme à l’objectif poursuivi par l’ordre public de protection

142 CJCE 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt*, aff. C-243/08, D. 2009. AJ. 1690

143 CJUE, gde ch., 9 nov. 2010, n° C-137/08, VB Pénzügyi Lizing Zrt

Par la possibilité d'opposition comme limite à l'office du juge en cas de relevé d'office d'une clause abusive, on retrouve l'objectif de l'ordre public de protection qui vise à protéger une catégorie de contractants. En effet, dès lors que le consommateur a été informé de ses droits par le juge, il n'est plus en situation d'infériorité. Donc la protection n'est plus justifiée et l'intrusion du juge dans l'équilibre contractuel perd son fondement. Le juge ne peut donc pas protéger le consommateur malgré lui. Dès lors, le respect de la contradiction doit permettre au juge de s'assurer que la partie protégée ne s'oppose pas, en toute connaissance de cause, à l'exercice de son office.

Néanmoins, cette limite a pu être considérée par certains auteurs comme marquant un infléchissement de la Cour de justice dans l'interprétation de l'article 7 §1 de la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives qui requiert des Etats membres de mettre en œuvre « *des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives* ». Une telle réserve paraît en effet peu compatible avec le caractère d'intérêt public de la législation relative aux clauses abusives¹⁴⁴. De plus, en matière d'ordre public de protection, la finalité du législateur étant de protéger les intérêts de la partie lésée, il pourrait paraître logique que le juge vienne à son secours, peu importe sa volonté. Monsieur GOUT a ainsi pu dire que « *de même que lorsque la nullité est absolue tout doit être mis en œuvre pour protéger l'intérêt général, lorsque la nullité est relative tout doit concourir à la protection des intérêts privés bafoués* »¹⁴⁵.

Ainsi, malgré les critiques doctrinales et la tentation de considérer désormais le droit de la consommation comme relevant de l'ordre public de direction dont la « *police professionnelle* » serait assurée par le juge¹⁴⁶, l'opposition du consommateur comme limite à l'office du juge, permise par le respect du principe du contradictoire, démontre que le droit de la consommation fait toujours partie de l'ordre public de protection.

Le respect du principe du contradictoire permet également de garantir l'égalité des armes entre les parties au litige.

144 B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », Recueil Dalloz 2010, p. 1300

145 O. Gout, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », *D.* 2003, p. 549

146 D. Fenouillet, « Les sanctions en droit de la consommation », *Revue des contrats*, 2003, n°1, p. 86

Paragraphe 2 – L'égalité des armes garantie

S'il a été objecté par une partie de la doctrine que le relevé d'office d'un moyen d'ordre public de protection rompt l'égalité des armes (A), le respect du principe de la contradiction par le juge dans cette hypothèse permet le respect de cette égalité (B).

A – L'apparente rupture de l'égalité des armes par l'intervention du juge

Un des arguments avancé par la doctrine défavorable au relevé d'office par le juge d'un moyen d'ordre public de protection était que cette possibilité constituerait un manquement au respect de l'égalité des armes. Ce principe a été construit par la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme autour de l'article 6-1 de la Convention européenne, laquelle en fait une exigence du procès équitable. La Commission européenne des droits de l'homme l'a exprimé et défini pour la première fois en 1959 en ces termes : « *toute partie à une action civile doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* »¹⁴⁷. Ainsi, aux termes de ce principe, chaque partie doit être traitée de la même façon. L'égalité des armes consiste dans la possibilité pour une personne prise dans un procès de présenter sa cause dans des conditions ne la plaçant pas en « net désavantage » par rapport à son adversaire.

La partie que le relevé d'office désavantage pourrait estimer que le juge a rompu l'égalité des armes en donnant une arme à l'adversaire. En effet, avec le relevé d'office, on donne en quelque sorte la faculté, voire l'obligation, au juge de se substituer à l'une des parties ce qui entraîne un risque de rupture du principe de l'égalité des armes.

Néanmoins, le respect du principe de la contradiction permet non seulement à la « partie faible » de prendre connaissance de ses droits, mais également à l'adversaire de débattre du moyen relevé d'office par le juge. Le principe de l'égalité des armes ne peut donc pas justifier une conception restrictive de l'office du juge¹⁴⁸.

147 CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers c/ Belgique* : série A, n°214-A

148 X. Lagarde, *Office du juge et ordre public de protection*, op. cit.

B – Le respect du principe du contradictoire comme preuve du respect de l'égalité des armes

Le principe de l'égalité des armes, exigence du procès équitable, n'est pas rompu du seul fait de l'office du juge. En effet, le relevé d'office ne préjuge pas de la solution définitive que le juge donnera au litige. Si le juge exerce son pouvoir d'office, c'est uniquement pour rétablir l'équilibre processuel entre la partie faible et la partie dominante, économiquement et juridiquement. Ainsi, comme l'a souligné Monsieur GAUTIER, certes le relevé d'office va modifier la face du procès au bénéfice d'une des parties, mais « *ce n'est qu'une conséquence du relevé d'office, car son fondement reste la rectitude juridique* »¹⁴⁹. D'autant plus que le respect du principe du contradictoire permet d'éviter de nier les droits du professionnel.

De plus, il avait été relevé qu'au contraire, en droit de la consommation, c'était refuser le relevé d'office qui apparaissait « contraire au droit à un procès équitable » en raison de l'inégalité économique existant entre le professionnel et le consommateur, une telle inégalité étant prolongée par une inégalité juridique et procédurale¹⁵⁰. Refuser le relevé d'office d'un moyen de droit ayant vocation à protéger le consommateur le prive du droit de voir son litige être jugé conformément à la loi. En effet, devant le tribunal d'instance, la représentation par avocat n'est pas obligatoire. Dès lors, si le consommateur fait le choix de se présenter seul devant le juge et en raison de la technicité du droit de la consommation, il ne pourra que rarement invoquer les moyens de droit qui lui permettraient d'obtenir gain de cause. De plus, comme l'a relevé la Cour de justice de l'Union européenne à plusieurs reprises, des contraintes procédurales propres au droit de la consommation nuisent à l'effectivité de la protection du consommateur, notamment la fragilité économique du consommateur et le risque d'ignorance du consommateur de ses droits. Or une telle inégalité ne peut être compensée que par le rôle actif du juge.

Ainsi, s'il a pu être avancé que le relevé d'office par le juge d'un moyen d'ordre public de protection est contraire au droit à un procès équitable et au principe d'égalité

149 P.-Y. Gautier, *De l'impossibilité supposée pour le juge de soulever d'office un moyen de nullité ou de réparation favorable à la partie faible*, Revue des contrats, 2004, n°4, p. 1137

150 V. Rapport n° 111 au Sénat de la session ordinaire de 2007-2008 du 5 déc. 2007 *op. cit.*

des armes, il semble que c'est refuser ce pouvoir qui est contraire à ce droit et ce principe du fait de l'inégalité intrinsèque existant entre un professionnel et un consommateur. Et s'il reste encore quelques objections, l'obligation pour le juge de respecter le principe du contradictoire permet de ne pas nier ses droits au professionnel, et donc de garantir l'égalité des armes.

CONCLUSION

En matière d'ordre public de protection, l'office du juge est donc appréhendé de manière particulière, plus largement. Le « juge providence » consacré par le Code de procédure civile s'illustre véritablement dans ce domaine.

Si la Cour de cassation a pu être réticente à un tel rôle du juge, de même qu'un grand nombre d'auteurs, la Cour de justice de l'Union européenne a imposé sa vision dynamique de l'office du juge, lequel doit nécessairement avoir un rôle actif lorsqu'il est question d'ordre public de protection, la personne bénéficiaire de la protection n'étant pas tout à même de faire valoir ses droits ou, pire, de les connaître. Prenant acte de la jurisprudence européenne, le législateur a consacré cette possibilité pour le juge de relever d'office la méconnaissance d'une disposition consumériste, cette faculté se transformant en obligation en présence d'une clause abusive.

L'office du juge est d'autant plus étendu qu'en lui permettant de relever d'office un moyen d'ordre public de protection et de prononcer la sanction de ce manquement, il n'est pas limité par le principe dispositif. On retrouve donc la procédure inquisitoire dans laquelle le juge a pour mission de rechercher la vérité et d'appliquer la loi, il est le « juge des faits » et non « juge des prétentions ». La seule véritable limite à cette mission reste néanmoins le respect du principe du contradictoire.

Cette conception de l'office du juge permet donc une mise en œuvre effective de l'ordre public de protection. Néanmoins, certains auteurs ont pu penser que justement, cette conception n'était pas compatible avec l'ordre de public de direction. Ainsi, une partie de la doctrine a objecté que le droit de la consommation faisait désormais partie de l'ordre public de direction. En effet, *« après tout, le fait de protéger systématiquement les consommateurs traduit une certaine conception de la société et des opérations juridiques qui révèle bien une idée de « direction » de cette société ? »*¹⁵¹.

Cette question démontre bien les frontières perméables de l'ordre public économique et l'influence de l'office du juge sur ces frontières.

151 J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2015

Il convient enfin de se demander si la nouvelle rédaction du Code civil risque de remettre en cause le rôle actif du juge dans l'ordre public de protection. Par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le législateur a consacré la théorie du droit de critique inspirée des travaux de Monsieur JAPIOT. En effet, avant la réforme, à défaut de texte dans le Code civil portant sur la nullité, à l'exception de l'article 1304, cette théorie avait été élaborée par la doctrine et la jurisprudence.

Selon l'article 1179 nouveau du Code civil : « *La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.*

Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

Et l'article 1181 nouveau précise : « *La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.*

Elle peut être couverte par la confirmation.

Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir ».

Dès lors, l'alinéa premier confirme la solution classique dégagée par la doctrine et la jurisprudence. Néanmoins, sa formulation laisse entendre une restriction de l'attribution du droit de critique : la nullité relative pourrait être demandée uniquement par la partie que la loi entend protéger, à l'exclusion du juge. Y a-t-il un risque d'un retour en arrière de la jurisprudence et d'un refus du rôle actif du juge dès qu'il s'agit d'ordre public de protection ? Peut-être pas¹⁵². En effet, le texte parle d'une nullité relative « demandée », or « demander » et « relever » ne sont pas synonymes. De plus, l'office du juge relève du Code de procédure civile et non du Code civil. Enfin, cette solution serait contraire à la conception que se fait la Cour de justice de l'Union européenne de l'office du juge, or son influence sur les solutions lorsqu'il s'agit de protéger la partie faible au contrat ne paraît pas être remise en cause.

¹⁵² Observations d'Y.-M. Serinet sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Petites affiches, 2015, n°177, p. 59

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

CADIET (Loïc) et JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} édition, 2013

CADIET (Loïc), NORMAND (Jacques) et AMRANI MEKKI (Soraya), *Théorie générale du procès*, PUF (coll. Thémis droit), 2013

Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND et Serge GUINCHARD, *Procédure civile – Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 33^e édition, 2016

FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Louis) et SAVAUX (Eric), *Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 13^{ème} édition, 2008,

HERON (Jacques) et LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé*, Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, 4^e édition, 2010

JEULAND (Emmanuel), *Droit processuel général*, LGDJ, Domat droit privé, 3^{ème} édition, 2014

ROBIN (Cécile), *Procédure civile*, Vuibert Droit, Dalloz, 2012

Thèse

EUDIER (Frédérique), *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse, Université de Rouen, 1994

Répertoires et rapports

EUDIER (Frédérique) et GERBAY (Nicolas), *Jugement*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2014

HAUSER (Jean) et LEMOULAND (Jean-Jacques), *Ordre public et bonnes mœurs*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2015

WEILLER (Laura), *Principes directeurs du procès*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2015

Articles de doctrine

AUBERT de VINCELLES (Carole), *Office du juge communautaire et national, et directive n°93/13/CE sur les clauses abusives*, Revue des contrats, 2009, n°4, p. 1467.

AUBERT de VINCELLES (Carole), *Elargissement de l'office du juge en matière de clauses abusives*, Revue des contrats, 2011, n°2, p. 504.

AUBERT de VINCELLES (Carole), *L'office du juge toujours renforcé : nouvelle illustration en matière de sanction dans la vente*, Revue des contrats, 2014, n°01, p. 93

AUBERT de VINCELLES (Carole), *La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon*, Revue des contrats, 2014, n°03, p. 456.

BERNHEIM-DEVAUX (Sabine), *Clause abusive et office du juge, une conciliation habile des droits consumériste et processuel*, EDCO, 2013, n°04, p.7

BERNHEIM-DEVAUX (Sabine), *Le juge national doit déclarer d'office la nullité d'une clause pénale abusive*, EDCO, 2013, n°07, p.2

CANUT (Florence), *Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection*, Recueil Dalloz 2007, p. 2257

DEPINCE (Malo), ALLIEZ (Camille) et MAINGUY (Daniel), I. *Chronique (points de vue, commentaires...)*, Petites affiches, 2009, n°131, p. 5

EUDIER (Frédérique), *Le juge a-t-il le pouvoir d'appliquer d'office une règle d'ordre public de protection ?*, Recueil Dalloz 1997, p. 124

FADLALLAH (Ibrahim) et BAUDE-TEXIDOR (Christine), *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, Recueil Dalloz 2003, p. 750.

FENOUILLET (Dominique), *Les sanctions en droit de la consommation*, Revue des contrats, 2003, n°1, p. 86.

FLORES (Philippe) et BIARDEAUD (Gérard), *Clauses abusives – CJCE 21 novembre 2002*, Gazette du Palais, 2003, n°126, p.12

FLORES (Philippe) et BIARDEAUD (Gérard), *L'office du juge et le crédit à la consommation*, Recueil Dalloz 2009, p. 2227.

GAUTIER (Pierre-Yves), *De l'impossibilité supposée pour le juge de soulever d'office un moyen de nullité ou de réparation favorable à la partie faible*, Revue des contrats, 2004, n°4, p. 1137

GORCHS (Béatrice), *Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée*, Recueil Dalloz 2010, p. 1300

GOUT (Olivier), *L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier*, Recueil Dalloz 2003, p. 549

HOURDEAU (Stéphanie), *Protection communautaire du consommateur contre les clauses abusives et office du juge national*, Petites affiches, 2001, n°146, p. 25

LAGARDE (Xavier), *Office du juge et ordre public de protection*, La Semaine Juridique Edition Générale n°15, 2001, doct. 312

LAGARDE (Xavier), *Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation*, note sous arrêt Civ.1^{ère}, 22 janvier 2009, La Semaine Juridique Edition Générale n°9, 25 février 2009, II 10037

LEGEAIS (Dominique), *Crédit à la consommation. Devoir du juge de soulever d'office un moyen de droit*, RTD Com. 2009, p. 794. Obs. sous arrêt CJCE, 4 juin 2009

MEKKI (Mustapha), *Fiche pratique : la nullité, entre tradition et modernité*, Gazette du Palais », 2017, n°01, p.21

MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand), *Nullité relative : légère atténuation à l'impossibilité pour le juge de la soulever d'office*, RTD Civ. 2003, p. 704

NORMAND (Jacques), *Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ?*, RTD Civ. 1991, p. 152

PIEDELIEVRE (Stéphane), *Droit de la consommation et office du juge*, Recueil Dalloz 2009, p. 908

PIEDELIEVRE (Stéphane), *Clause abusive et principe du contradictoire*, Gazette du Palais, 2013, n°192

PIEDELIEVRE (Stéphane), *Clauses abusives et pouvoirs du juge*, Gazette du Palais, 2015, n°50, p. 22.

PIGNARRE (Geneviève), *Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ?*, Revue des contrats 2013, n°1, p. 251

POISSONNIER (Ghislain), *Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue*, Recueil Dalloz 2008, p. 1285.

POISSONNIER (Ghislain), *Office du juge en droit de la consommation : le Cour de cassation abandonne enfin la jurisprudence Grine*, Petites affiches, 2009, n°70, p.6

RAYMOND (Guy), *Saisine d'office du juge national*, note sous arrêt CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, R. c/ Franfinance, Contrats Concurrence Consommation, n°12, Décembre 2007, comm. 310

SAUPHANOR-BROUILLAUD (Natacha), *Le juge national doit apprécier d'office le caractère abusif d'une clause d'arbitrage même si la sentence arbitrale a acquis force de chose jugée*, EDCO, 2009, n°11, p.7.

SERINET (Yves-Marie), *Observations sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Petites affiches, 2015, n°177, p. 59