

LA VULNÉRABILITÉ ÉCONOMIQUE DANS LE CONTEXTE DU DROIT ITALIEN

*TABLE DES MATIÈRES: 1. La clause générale de bonne foi. – 2. Les obligations d'information entre code civil et normative de secteur. – 3. Le consentement de la partie économiquement faible et les solutions à son éventuelle perturbation. – 4. Formes de caducation du contrat spécifiquement liées à l'iniquité (originaire ou survenue) des prestations. – 5. Le contrat prédéterminé par l'une des parties: règles formelles et herméneutiques. – 6. Évaluations conclusives. Le problème de l'efficacité des solutions et le cas Dieseltgate.*

1. La discipline du contrat contenue dans le code civil italien prévoit la bonne foi come clause générale devant informer la durée de l'acte dès sa première définition jusqu'à sa définitive exécution.

Différentes normes rappellent expressément les principes d'équité et de bonne foi comme des paramètres auxquels l'action des parties doit se conformer afin de pouvoir être considérée pleinement légitime. Sur ce point le législateur est tranchant.

Il est question de bonne foi, tout d'abord, dans la discipline de la phase précontractuelle: pendant le déroulement des négociations et la formation du contrat les parties doivent agir selon bonne foi (art. 1337 c.c.)<sup>1</sup>. Le même principe devra aussi accompagner l'interprétation de l'acte (art. 1366 c.c.)<sup>2</sup>. Et, encore, le contrat doit être exécuté selon bonne foi (art. 1375 c.c.)<sup>3</sup>, dans une logique parallèle aux prescriptions pour tout type d'obligation, quelle qu'en soit la source, établies par l'art. 1175 c.c., qui dispose l'obligation du débiteur et du créancier d'agir selon les règles de l'équité.

Il s'agit d'énonciations de principe qui renvoient au précepte général de solidarité formulé dans l'art. 2 de la Charte Constitutionnelle<sup>4</sup> et qui, d'autre part, posent le système juridique italien en harmonie avec les autres codifications européennes. Il suffit de penser au nouvel art. 1104 du Code civil qui dispose que: « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

En réalité la bonne foi devrait être entendue selon deux acceptions: comme protection de l'utilité de la contrepartie, dans les limites du sacrifice appréciable de la propre position juridique<sup>5</sup>, et comme loyauté, c'est-à-dire comme exigence de préserver la raisonnable confiance de chaque partie

---

<sup>1</sup> L'art. 1337, intitulé "Négociations et responsabilité précontractuelle", libellé comme suit: «Les parties, en cours de négociations et pendant la formation du contrat, doivent agir selon bonne foi».

<sup>2</sup> L'art. 1366, intitulé "Interprétation de bonne foi", disposant que: «Le contrat doit être interprété selon bonne foi».

<sup>3</sup> L'art. 1375, intitulé "Exécution de bonne foi", disposant que : « Le contrat doit être exécuté selon bonne foi».

<sup>4</sup> Dans ce sens, Cass., s.u., 08/28056 ; dans la même logique v. aussi Cass. 14/1179; Cass. 14/8153.

<sup>5</sup> V. Cass. 09/10182.

contractante concernant le sens de l'accord, ce dernier aspect entre en jeu particulièrement dans la règle concernant l'interprétation.

La loyauté, en tout cas, serait à la base aussi des devoirs précontractuels d'information, de clarté et de confidentialité – pour n'en citer que quelques-uns – pendant la gestion des négociations, et aussi la protection imposerait d'accomplir, toujours pendant la phase précontractuelle, les actes nécessaires à garantir la validité et l'efficacité de l'accord<sup>6</sup>.

En se référant principalement ensuite à la prévision de l'art. 1375 c.c., la bonne foi est vue par beaucoup comme une véritable source légale d'intégration du rapport, concourant à déterminer le comportement dû des parties<sup>7</sup>: cela non pas dans le sens d'imposer de spécifiques actes déterminés, mais plutôt de viser à conformer l'action des contractants à ce que la réalité concrète suggère d'accomplir, de modifier ou encore d'éviter pour garantir la meilleure mise en oeuvre du programme de négociation, en posant une attention spécifique à l'utilité de la contrepartie. C'est donc un profil, différent et ultérieur par rapport à la diligence requise par l'art. 1176 c.c., conformément auquel, afin de satisfaire l'intérêt du créancier le débiteur est tenu, sous peine de violation, à un niveau d'engagement précis, taré sur des paramètres objectifs définis pour chaque type d'obligation<sup>8</sup>.

Ceux qui, dans la doctrine ne partagent pas cette lecture de la bonne foi pendant la phase d'exécution du contrat en termes de véritable paramètre intégratif, en mettant en évidence que techniquement l'art. 1375 concerne une phase successive à la définition de l'objet de la négociation en question, et que, à la rigueur, une norme différente du code, l'art. 1374 parle d'intégration, en soulignant de toute façon que la bonne foi reste un critère d'évaluation – même si *ex post* – du comportement des parties dans l'exécution du contrat et en règle générale un paramètre d'administration et de sélection de la faculté discrétionnaire pendant l'exécution du contrat<sup>9</sup>.

Dans l'ensemble prévaut donc la lecture de la bonne foi comme une limite générale à l'exercice de l'autonomie privée<sup>10</sup>, une formule qui se prête à contenir, en les synthétisant, les différentes positions exprimées par la doctrine sur ce point, ce sont des positions qui en outre, à bien des égards, loin de s'exclure mutuellement, apparaissent en revanche complémentaires, puisqu'elles

---

<sup>6</sup> Ainsi, notamment, BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, 3, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2000, 163.

<sup>7</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 501 s.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 2004, 117 s.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Comm. Schlesinger*, Milano 2013, 166.

<sup>8</sup> Cfr. BIANCA, *op. cit.*, 506.

<sup>9</sup> Dans ce sens, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano 1961, 39, 124 s.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. S.B.*, XIII, Bologna-Roma 1988, 354; BIGLIAZZI GERI, voce *B.f. nel diritto civile*, *D. 4 ed.*, Torino 1988, 172 s.; BRECCIA, *Diligenza e b.f. nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano 1968, 172 s.; v. aussi ALPA, *La b.f. integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, *Studi in onore di Burdese*, I, Padova 2003, 155 s.

<sup>10</sup> FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 231 s., 293 s.

cueillent individuellement de spécifiques particularités qui uniquement prises dans leur ensemble permettent de définir l'ampleur réelle du principe d'équité et de bonne foi.

Il manque certes dans le système juridique italien une identification des cas évoqués par le concept de bonne foi, qui ne soit même que approchable à l'élaboration herméneutique que les juristes allemands ont effectué en partant du § 242 BGB: si en Allemagne les Cours avaient identifié, au fil du temps, beaucoup d'hypothèses qui ont été ensuite classifiées par la *Schuldrechtsmodernisierung*<sup>11</sup>, en Italie un dessin organique des décisions n'est pas perceptible, étant donné que rien de suffisamment précis n'est exprimé ni positivement, pour identifier avec certitude les comportements à retenir conformes au précepte normatif, ni négativement, pour dégager les violations qui le soient avec certitude. Toutefois il s'affirme une ligne de tendance, et spécialement ces dernières années, où la sensibilité vers le concept de bonne foi s'est accrue, sur la poussée aussi du droit européen.

Il s'agit, de toute façon, physiologiquement, d'une matière de définition jurisprudentielle dans laquelle, la qualification fois par fois d'une action donnée comme conforme ou contraire au principe de bonne foi ne peut qu'être laissée aux Cours saisies de l'examen du cas spécifique.

Mais il y a plus: il manque dans notre système juridique, une discipline spécifique définissant les conséquences de l'éventuel non-respect des principes prescrits, en établissant une sanction précise et en indiquant quelle sera le sort du contrat au cas où les parties ne se comporteraient pas selon bonne foi.

À ce propos, la doctrine, se divise entre ceux qui voudraient rapporter de telles situations, soit à des vices originaires de l'acte, qui se traduiraient ainsi dans une nullité radicale de l'acte, par opposition au principe de solidarité, à comprendre comme principe d'ordre public<sup>12</sup>, soit à une générique inefficacité de l'accord<sup>13</sup>, et ceux qui – dans une optique tout à fait différente – envisagerait le cas échéant une simple obligation compensatoire, sans aucune interférence avec l'opérabilité de l'acte contraire à la bonne foi.

La jurisprudence, en effet, penche pour cette dernière solution, en retenant que la violation de l'équité et de la bonne foi, qu'elle surgisse en phase des négociations, en celle d'interprétation ou d'exécution du contrat, ne peut être de toute façon que source d'une obligation réparatrice, sans

---

<sup>11</sup> Dans le BGB, suite à la *Schuldrechtsmodernisierung* du 2001, entrée en vigueur le 1<sup>o</sup> janvier 2002, beaucoup de cas que les interprètes, et notamment les juges, avaient identifiés *de facto* comme hypothèses de violation de la dite *Treu und Glauben* ont été codifiés dans les différentes parties du BGB. Il suffit de penser, par exemple, à la discipline des conditions générales du contrat (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) aujourd'hui reformulée dans ce sens aux §§ 305 ss., ou aussi à ladite altération de la base contractuelle (*Störung der Geschäftsgrundlage*) exprimée dans le nouveau § 313.

<sup>12</sup> GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, *Contratto e Impresa*, 1997, 423.

<sup>13</sup> FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 231 s., 293 s., tout en retenant le devoir de solidarité sociale une norme incontournable, il ne considère pas toutefois les conséquences plus radicales en cas de violation.

qu'il soit envisageable de supposer la nullité ou l'annulabilité du contrat en absence de violation, ultérieure, d'une règle spécifique de validité<sup>14</sup>.

Il est intéressant de remarquer que, dans la perspective de ce rapport, le cas faisant l'objet de cet arrêt concernait la violation de l'équité qui se concrétise dans le fait que les clauses convenues ne garantissent pas l'équilibre des prestations et ne protègent pas les attentes économiques d'un des contractants. Tout en restant dans le cadre d

e cas plutôt extemporanés, le cas relatif à la valeur des prestations est, en effet, un des plus paradigmatiques de la jurisprudence concernant la bonne foi. Selon l'approche suivie par notre système juridique, de fait, le rapport d'équivalence économique des prestations n'est pas en soi objet d'attention, étant suffisant que le contenu du contrat – qui dans son acception plus récente coïncide avec son objet – soit possible, licite, déterminé et déterminable, selon les dispositions de l'art. 1346 du code civil, mais pas nécessairement équitable: ce dernier aspect est laissé par tradition au marché<sup>15</sup>. Aucune interférence du juge n'est donc admise dans le but de rééquilibrer le contrat.

Toutefois, si la configuration concrète des obligations des parties résulte être inégalement répartie à cause du comportement d'une d'elles qui profite de la vulnérabilité économique de l'autre, la réaction du système pourra alors, devra même, se mettre en place à protection de la partie économiquement faible.

Il faut dire que dans la législation la plus récente, l'univers des contrats disproportionnés a fait l'objet d'une copieuse intervention législative, pour autant que désordonnée, mais trouvant aujourd'hui une base de référence au dehors du code civil et, en premier lieu, dans le code de la consommation (d. lgs. n. 206/2005), et dans les textes uniques bancaires et financiers (TUB, d. lgs. n. 385/1993, et TUF, d. lgs. n. 58/1998), comme nous pourrons le voir par la suite.

En définitive, sous le profil du principe de bonne foi, s'il n'est pas possible d'affirmer qu'une précise identification des cas constituant une violation a été atteinte, d'autre part, même dans le cadre plus restreint des comportements à travers lesquels une partie profite de vulnérabilité économique de la contrepartie, la seule tendance qu'il est aujourd'hui possible de discerner – faute d'une précise indication législative – est que le comportement contraire à la bonne foi objective engendre une responsabilité qui se traduit par une obligation de réparation; et que concernant l'émergence de cette responsabilité, la violation matérielle du principe de bonne foi, quoique seulement fautive, est suffisante. Effectivement, une intention malveillante chez qui abuse n'est pas exigée, étant suffisant que l'abus se concrétise<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cass. 09/25047. Le fait que la violation des règles de comportement selon bonne foi engendre de par elle-même un dommage réparable, avait déjà été énoncé par les Sections Unifiées dans la sentence 08/28056.

<sup>15</sup> Pour le droit français voir les nouveaux art. 1168 et 1169 c.c.

<sup>16</sup> Cass. 11/17716.

2. Il manque dans le code civil italien une norme imposant aux contractants un devoir spécifique d'information, comme c'est le cas, en revanche, en France (art. 1112-1 Code civil)<sup>17</sup>.

Une règle dans ce sens est toutefois tirée, par voie interprétative en s'appuyant sur le principe de bonne foi, spécialement vis-à-vis des prévisions des art. 1337 et 1338 c.c., intéressant les contacts entre les parties pendant la phase précontractuelle.

En effet, la doctrine et la jurisprudence associent au devoir d'agir selon bonne foi l'apparition de l'obligation de chacune des parties, et à majeure raison de la partie économiquement la plus forte, de communiquer à l'autre partie tout élément pouvant résulter déterminant pour la correcte formation de la volonté contractuelle.

Non seulement, donc, les éventuels profils d'invalidité du contrat en négociation, comme textuellement requis par l'art. 1338, mais tout élément utile à tracer un cadre accompli de la base de l'accord. Il va de soi que la consistance d'une obligation de telle information sera évaluée relativement au cas spécifique.

La sanction, comme explicité ci-dessus, sera envisagée en termes d'indemnisation, et une responsabilité extracontractuelle sera liée à la phase précontractuelle traditionnellement en voie d'interprétation<sup>18</sup>.

Une obligation d'information, liée au devoir d'agir selon bonne foi, est déterminée aussi en relation à la phase exécutive d'un contrat déjà stipulé. Il n'est pas question de clarifier ici le cadre de base mais plutôt de tenir la contrepartie, étant déjà formellement telle, au courant de toute variation importante du rapport. Et la violation de cette attention que la loi, même si indirectement, impose, fera apparaître une obligation de réparation à charge de la partie infidèle, à titre de responsabilité contractuelle.

Là où il manquerait les conditions, et donc là où le non-respect du devoir d'information pourrait se traduire en un important manquement – *rectius*, *ex* art. 1455 c.c. vérifié à l'égard de l'intérêt de la contrepartie – il sera possible d'envisager la résolution du contrat pour non-exécution, conformément aux art. 1453 ss.<sup>19</sup>

Il faut cependant souligner, dans l'économie de ce rapport, qu'il existe une normative du secteur qui, par contre, consacre de spécifiques prévisions très détaillées aux obligations d'information.

*In primis* le Code de la consommation – le d. lgs. n. 206/2005 – qui parmi les pratiques commerciales déloyales, nommées ci-dessus, prévoit la *species* les pratiques trompeuses liées

---

<sup>17</sup> Rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

<sup>18</sup> En France la qualification de la responsabilité précontractuelle ressort de la nouvelle formulation de l'art. 1112 et de l'art. 1116 du code civil. En Allemagne la responsabilité précontractuelle est liée au concept de l'obligation sans obligation de prestation primaire (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*) et reconduite dans le domaine de la responsabilité contractuelle.

<sup>19</sup> Voir à ce propos les sentences jumelles des Sections Unifiées nn. 26724 e 26725/2007.

essentiellement à la violation de obligations d'information à cause d'une distorsion des données réelles ou d'une omission de communication d'éléments importants (artt. 21-23 d. lgs. 206/2005)<sup>20</sup>.

Toujours dans le code de la consommation, en application de la directive 2011/83/UE, des obligations d'information spécifiques sont prévues dans le cas des contrats à distance ou conclu hors établissement, afin de compenser le fait que la partie économiquement faible ne peut pas prendre vision du produit ou peut avoir été surprise par l'offre commerciale imprévue. Les conséquences, dans ces cas – outre les solutions générales prévues dans la partie V du code de la consommation (ordonnance inhibitoire collective, action de classe et ADR), dans l'art. 27 cod. cons., à retenir applicable, et aux solutions du droit civil jamais exclues par la législation de la consommation (cfr. art. 142 cod. cons.) – s'exercent en termes de délai supplémentaire attribué concernant le droit de rétractation du consommateur (art. 53 cod. cons.). Il faut aussi souligner que la loi énumère dans une profusion de détails les informations devant être fournies pendant la phase précontractuelle, et qui en tout cas entreront à faire partie de la *promissio* de l'acte en contraignant donc le professionnel dès le premier instant (art. 49, alinéa 5, cod. cons.) et les formalités concernant le moment de la conclusion du contrat, répondant à la même *ratio* (art. 50 et 51, cod. cons.).

On ajoute la prévision de l'art. 48 cod. cons. qui étend l'obligation d'information précontractuelle aussi outre la négociation à distance hors des locaux commerciaux, dans les contrats entre professionnel et consommateur compris dans les définitions de l'art. 45 cod. cons.

La discipline des contrats bancaires contenue dans le Texte Unique Bancaire, d. lgs. n. 385/1993, et dans le Texte unique des dispositions en matière d'intermédiation financière, d. lgs. n. 58/1998 se base aussi sur la réglementation détaillée de l'obligation d'information. Et en ces cas on ajoute au profil substantiel du contenu des informations fournies celui de l'obligation de la formalisation par écrit, sous peine de nullité (cfr. art. 127 TUB et 23 TUF)<sup>21</sup>. La nullité à laquelle seul le client peut recourir, selon la logique de la nullité de protection, et dont il sera traité plus spécifiquement par la suite.

En définitive, dans le droit italien, il existe une attention spécifique à ce que la partie économiquement faible soit mise par la contrepartie dans la condition de pondérer efficacement les conditions de l'accord en cours de stipulation et pour ce faire l'existence d'une obligation d'information spécifique due par la partie contractante forte est conçue, qui dans la dimension du code civil est lié en voie herméneutique au respect du principe de bonne foi et dans la législation de

---

<sup>20</sup> Il s'agira évidemment des seuls comportements intervenant entre professionnels et consommateurs comme l'a défini l'art. 18, alinéa 1°, cod. cons. Précisément est consommateur « toute personne physique qui, dans les pratiques commerciales étant l'objet de ce titre, agit pour des fins qui ne rentrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle artisanale ou professionnelle », (lett. a); est par contre professionnel « toute personne physique ou juridique qui, dans les pratiques commerciales étant l'objet de ce titre, agit dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle et quiconque agit au nom et pour le compte du professionnel », (lett b).

<sup>21</sup> Concernant le sens de la forme informative et les modalités selon lesquelles elle doit être interprété sont intervenues aujourd'hui les Sections Unifiées par la sentence n. 898/2018 en matière de contrat cadre d'intermédiation financière (art. 23 TUF).

secteur résulte être accrue par de spécifiques prévisions de la loi européenne. Le problème, toutefois, reste celui des remèdes prévus concernant la violation de cette obligation, qui sur le plan du droit privé n'ont pas encore atteint un niveau d'efficacité satisfaisant.

3. La vulnérabilité économique de la partie contractante peut se révéler significative pendant la phase de formation de l'accord même en raison du fait que la position d'infériorité d'une partie amène facilement à la perturbation de sa volonté contractuelle, comme la conséquence d'une capacité réduite de faire face aux éventuelles pressions d'autrui et, en général, d'une mineure propension physiologique au marché. La liaison, d'autre part, est bien mise en évidence dans le choix du législateur français d'intégrer l'obligation précontractuelle d'information qui, comme ci-dessous spécifié, est maintenant textuellement prévue dans l'art. 1112-1, avec la possibilité d'arriver à l'annulation du contrat conformément aux artt. 1130 ss., et donc pour des vices de consentement, toujours en relation au non-respect du devoir d'information.

La discipline des vices du consentement – techniquement l'erreur, la violence et le dol – contenue dans les articles 1427 ss. du code civile italien se prête, donc, à répondre aux situations où la déclaration contractuelle de la partie faible du contrat serait le fruit d'une incorrecte perception de la réalité, puisque la partie contractante ne serait pas en mesure d'en cueillir la vraie essence (erreur), ou qu'elle ne serait pas en mesure de résister à la menace de la contrepartie (violence), ou encore – et il s'agit du cas qui le mieux s'applique au cas pris en examen – qu'elle serait victime des manœuvres de la contrepartie (dol)<sup>22</sup>.

Il n'y a rien de spécifique à signaler par rapport à l'erreur et à la violence en cas de contrat conclu entre les parties se trouvant dans une position économique déséquilibrée, puisqu'on appliquera directement les règles générales: on peut arriver à l'annulation du contrat, sur demande de la partie induite à l'erreur ou menacée, si l'erreur est essentielle et imputable à la contrepartie (art. 1428) ou si le mal menacé est tel à impressionner une personne sensée en lui faisant craindre d'exposer lui-même et ses biens à un mal injuste et digne de foi (art. 1435). L'action se prescrit en cinq ans à partir de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence. Cela s'encadre dans les choix des autres codifications européennes.

Concernant le dol, en revanche, une réflexion spécifique s'impose.

Dans le système italien le dol amenant à l'annulation du contrat (appelée dol déterminant) consiste en manœuvres (artifices ou tromperies) telles à induire la partie à conclure un contrat que, différemment, elle n'aurait pas conclu (art. 1439 c.c.). Dans cette perspective, les actes trompeurs significatifs pour la jurisprudence doivent consister en faits spécifiques – mis en place directement

---

<sup>22</sup> Dans la doctrine, pour une tractation récente des vices du consentement, *ivi* aussi d'amples indications bibliographiques, v. pour tous ROPPO, *Il contratto*, 2<sup>o</sup> ed., in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 2011, 729 ss.

par la partie contractante ou par tiers mais ayant la conscience de la même partie contractante – aptes, singulièrement, à mettre en erreur d’une telle gravité la contrepartie<sup>23</sup>.

Ils relèvent, à tel fin, soit des comportements actifs du *deceptor*, soit aussi des comportements d’omission, pour autant que le code ne le spécifie pas<sup>24</sup>. On peut affirmer, en effet, que désormais l’orientation de la doctrine et de la jurisprudence, susceptible à comprendre dans le concept même de dol toute manoeuvre frauduleuse, s’est consolidée quelle que soit la conduite à travers laquelle elle s’est concrétisée et l’élément sur lequel le *deceptus* ait été trompé.<sup>25</sup>

Notamment, dans l’optique de la vulnérabilité économique prise ici en examen, il faut signaler qu’à travers une constante interprétation on retient actes trompeurs même ceux qui consistent en omission ou distorsion d’informations importantes aux fins de la prestation du consentement de la contrepartie<sup>26</sup>. Ce qui est en définitif ce que le Code civil français a codifié en reformulant la définition générale du dol par l’ordonnance 2016, et en y incluant textuellement «*la dissimulation intentionnelle par l’un des contractants d’une information dont il sait le caractère déterminant pour l’autre partie*» (art. 1137, al. 2°, code civil). Il faut dire que la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 en consacrant la jurisprudence «Baldus», a maintenant ajouté sur ce point la spécification significative que «*néanmoins ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation*»<sup>27</sup>.

Le profil d’information, toutefois, assume dans cette perspective une centralité particulière lorsqu’une partie contractante se trouve dans une position économique d’infériorité par rapport à l’autre.

On a vu qu’une correcte information est due quelle que soit la situation des contractants, déjà en vertu du principe de bonne foi et d’équité, pendant la phase des négociations. On met en relief ici un profil lié, mais distinct, dans lequel on évalue non seulement le fait en soi de la violation de l’obligation d’information, autant que l’effet que cette violation a eu sur la détermination contractuelle de la contrepartie et en définitive sur la formation de son consentement. À l’obligation

---

<sup>23</sup> Dans ce sens Cass. 15/12892; Cass. 09/14628; Cass. 04/20792; Cass. 03/5166. Concernant la différence entre l’erreur vice et l’erreur induite par dol, notamment, Cass. 08/16663.

<sup>24</sup> Dans le sens que le dol puisse être aussi bien commissif qu’omissif v. Cass. 12/1480; Cass. 12/5965. Concernant la consistance du dol omissif par rapport au silence v. Cass. 06/9253; Cass. 05/5549.

<sup>25</sup> Così Cass. 14/4065.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. 07/2479.

<sup>27</sup> Cfr. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Ratification de l’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations I, loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, La semaine juridique*, n. 18/2018, 889.

de la réparation, étant la seule sanction liée à la violation du principe de bonne foi, la loi ajoute dans ce second cas aussi la possibilité de l'annulation du contrat<sup>28</sup>.

Le code civil règlemente aussi le cas, atténué, où le consentement de la contrepartie résulte être perturbé par l'activité trompeuse, sans arriver au point d'affecter sa détermination à contracter, plutôt dans la consistance limitée de l'induire à modifier les conditions d'un contrat qu'elle aurait de toute façon conclu: dans ce cas nous parlerons encore de dol, mais pas plus "de dol déterminant" en mesure de conduire à l'annulation du contrat, plutôt "de dol incident", dont les conséquences peuvent être appréciées sur le plan de la réparation des dommages (art. 1440 c.c.)<sup>29</sup>.

Aucun espace n'est donné par contre, aux flatteries, aux mensonges et aux omissions, même si de faible entité, mais qui sommés entre eux pourraient amener à distordre gravement la perception de la réalité chez celui qui les subit, et spécialement s'il est en condition d'infériorité, personnelle mais aussi économique, en tant que moins habitué au marché.

En définitive, dans la dimension du code civil, un mensonge<sup>30</sup>, une tromperie ou une information déformée ou omise peuvent devenir pertinents pour ce qui concerne l'annulation du contrat, si ils ont induit la contrepartie à conclure un accord que différemment elle n'aurait pas conclu. Dans ce cas, la partie contractante victime du dol aura de toute façon droit aussi à la réparation du dommage subi, puisque le dol est en soi un acte illicite dans la mesure où il porte atteinte à la liberté contractuelle<sup>31</sup>. Cette dernière voie pourra même être la seule à choisir là où il n'y aurait pas l'intérêt à l'annulation du contrat.

Les mêmes comportements relèvent, pour faire apparaître l'obligation de la réparation, si ils n'ont eu comme effet que celui de modifier les conditions contractuelles ou si de toute façon ils peuvent être lus comme une violation du principe d'équité et de bonne foi pendant la phase des négociations.

En deçà de ces paramètres, ils ne semblent pas mériter, en revanche, la considération du législateur, même s'il faut reconnaître une difficulté particulière à établir la limite entre le *dolus bonus* et le *dolus malus*, dans le contexte des contrats avec des parties économiquement vulnérables<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Concernant la distinction entre *exceptio doli generalis seu praesentis* et *exceptio doli specialis seu preteriti* il est intéressant de lire la motivation de Cass. 07/5273.

<sup>29</sup> Concernant la limite entre la violation de l'équité pendant les négociations et l'intentionnalité incidente v. Cass. 09/19024; Cass. 99/2956.

<sup>30</sup> Dans le sens que les mensonges peuvent constituer dol, s'ils sont déterminants pour le consentement, Cass. 14/16004; Cass. 09/14628.

<sup>31</sup> V. pour tous, BIANCA, *Il contratto*, 3, *cit.*, 664.

<sup>32</sup> Concernant la distinction entre *dolus malus* et *dolus bonus*, v. Cass. 09/19559. V. aussi Cass. Cass. 04/20792, qui spécifie que « en thème de dol comme cause de nullité du contrat, aussi bien dans les hypothèses de dol commissif que dans celles de dol omissif, les artifices ou les tromperies, la réticence ou le silence doivent être évalués en relation aux circonstances particulières de fait et aux qualités et conditions subjectives de la contrepartie ».

Il faut, toutefois, rappeler que les mêmes comportements relèvent, en des conditions déterminées, aussi comme des pratiques commerciales déloyales dans les rapports entre professionnels et consommateurs, conformément aux art. 18 ss. du code de la consommation: en effet, le devoir de compléter le système est laissé à la codification de secteur à travers une série de prévisions spécifiques.

Le code de la consommation, en actuation de la directive 2005/29/CE, décrit les comportements associables au dol du code civil, dans la forme, respectivement, des actions et des omissions trompeuses.

Essentiellement, « on considère trompeuse une pratique commerciale contenant des informations ne répondant pas à la vérité ou, même si de fait correcte, quel qu'en soit le mode même de sa présentation globale, induit ou est apte à induire en erreur le consommateur moyen par rapport à un ou à plusieurs [éléments fondamentaux du contrat] et, en tout cas l'induit ou est apte à l'induire à prendre une décision de nature commerciale qu'il n'aurait pas différemment prise » (art. 21, alinéa 1°, cod. cons.). Parmi les éléments fondamentaux, on cite, notamment, l'existence ou la nature du produit, ses principales caractéristiques, le prix, la nature, les qualifications, les droits et les conséquences des usages du professionnel.

C'est en revanche une omission trompeuse celle qui « dans le fait concret, compte tenu de toutes les caractéristiques et les circonstances du cas, ainsi que des limites du moyen de communication utilisé, omet des informations importantes dont le consommateur moyen a besoin dans un tel contexte afin de pouvoir prendre une décision consciente de nature commerciale et induit ou peut induire de cette façon le consommateur moyen à prendre une décision de nature commerciale que différemment il n'aurait pas prise», (art. 22, comma 1°, cod. cons.). Une qualification analogue est donnée au comportement à travers lequel le professionnel occulte ou présente de façon incompréhensible, ambiguë ou intempestive les mêmes informations importantes (alinéa 2°).

Ces pratiques sont sanctionnées, en cessation et pécuniairement, par l'Autorité de Garantie pour la Concurrence et le Marché (art. 27)<sup>33</sup> et semble être supposable aussi dans ce cas une obligation de réparation spécifique, fondée directement sur la violation du droit du consommateur « à l'exercice des pratiques commerciales selon les principes de bonne foi, d'équité et de loyauté», énoncé par l'art. 2, alinéa 2°, lett. c *bis*, du code de la consommation<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Une même importance et d'identiques conséquences de sanction de nature administrative sont prévues pour ce qui concerne la publicité trompeuse, et ce toujours en actuation de même directive européenne du d. lgs. n. 145/2007. La discipline de la publicité trompeuse apparaît plus restrictive, sous le profil objectif, par rapport à celle des pratiques commerciales incorrectes contenue dans le code de la consommation qui se prête à inclure une grande variété de comportements, toutefois, d'un point de vue subjectif elle investit aussi les rapports entre concurrents professionnels et protégé indistinctement tous les destinataires du message publicitaire trompeur, étant donc plus ouverte.

<sup>34</sup> Dans le même sens on peut aussi faire valoir les dispositions de l'art. 2, alinéa 2°, lett. c), cod. cons. qui dispose le droit du consommateur «à une adéquate information et à une correcte publicité». Concernant la réparation du dommage lié aux pratiques commerciales incorrectes et sur le rapport de ce fait avec la violation du principe de bonne foi exprimé par les normes du code civil v. pour tous DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, *Le Nuove leggi civili commentate*, 2008, 1113 ss.

En voulant à ce point tirer les files du discours, on peut constater que dans le cadre décrit il émerge en définitive une normative articulée, qui à première vue semblerait pouvoir fournir une réponse adéquate aux situations où l'un des contractants se trouve dans une condition de vulnérabilité économique. Toutefois, une attention plus approfondie relève que les remèdes prédisposés, à part les solutions administratives qui se sont révélées efficaces, aussi bien sous le profil de sanction pécuniaire que dans la perspective de servir de dissuasion pour d'autres conduites trompeuses, apparaissent peu incisifs. On se réfère essentiellement aux remèdes opérant dans le cadre du code civil.

D'une part, actionner la protection réparatoire reste, en effet, un choix contraignant en termes d'incertitude et de temps pour la partie contractante vulnérable qui devra prouver le bien-fondé du dommage, et ce, étant loin d'être évident, elle devra aussi en démontrer l'entité et, en tout cas, attendre les temps du procès.

D'autre part, même dans les hypothèses où le système juridique permet de mettre en discussion la validité du contrat suite à un vice du consentement, et notamment pour le dol, on retombe dans les limites de la discipline de l'action en nullité du contrat.

En effet, il n'existe pas, en Italie, d'autre voie que celle de saisir le juge pour faire prononcer l'invalidité en ces hypothèses : ce qui rend la protection de la partie économiquement faible encore une fois contraignante en termes d'argent et de temps.

D'autre part, même le système juridique qui depuis toujours admet l'annulation du contrat vicié au moyen d'une simple déclaration de part, le système allemand, ne parvient pas à éviter que dans la plupart des cas la solution de la question soit laissée au juge. Il est physiologique, en effet, que face à une déclaration d'une partie qui, en évoquant un vice du consentement, annule le contrat, la contrepartie conteste la subsistance du vice même et par conséquent le bien-fondé du pourvoi. Certainement une prévision comme celle des §§ 119 et 123 BGB fournit de toute façon aux contractants une solution alternative au procès, pour le moins dans certains cas, ce que le système juridique italien ne permet pas. Mais tout considéré, le choix le plus sage sur ce point résulte être celui du nouvel art. 1178 Code civil, qui dans le sillon évident de l'exemple allemand, mais dans le rôle de l'élève qui surclasse le maître, juxtapose à la voie traditionnelle de la nullité prononcée par le juge, la solution contractuelle de la constatation de la nullité par un accord commun des parties. Il ne s'agit donc pas d'une déclaration unilatérale contestable, et ainsi potentiellement chancelante, mais d'un accord, qui s'il est rejoint, présente une garantie de stabilité définitive.

4. Pour compléter le discours concernant les profils d'invalidité que l'on peut constater dans l'accord conclu entre contractants ayant un différent poids économique, on ne peut pas taire le fait que le code italien consacre un dispositif spécifique aux cas où une partie aurait adopté des obligations à conditions inéquitable : la rescision (artt. 1447 ss.).

La rescision évoque le legs historique de la *restitutio in integrum*, comme instrument spécifiquement consacré à corriger sur le plan économique les effets d'un contrat vicié. C'était l'époque où l'influence romaine, qui empêchait la caducation d'un accord s'étant formé selon les rites du *ius civile*, était encore fortement enracinée dans la mentalité juridique et tolérait plutôt, suite

à l'intervention de la magistrature prétorienne, la modification, à travers les *restitutiones*, des conséquences subies par les parties, de prendre cet engagement inéquitable<sup>35</sup>.

Le nom "rescision", quand bien même détectable dans les sources romaines et certainement présent dans les textes du droit intermédiaire (Glossa, Commento et Scuola Culta), est toutefois directement lié aux *littere de rescision* qui à l'époque immédiatement précédente à la Révolution Française permettait de demander au souverain d'annuler un contrat pleinement formé, au nom d'un vice affirmé. Il s'agit du premier cas, dans lequel il se vérifie historiquement la possibilité d'éliminer formellement un acte, du droit déjà scellé comme existant<sup>36</sup>.

C'est en effet à ces précédents que notre législateur s'est vraisemblablement inspiré lorsqu'il a introduit le dispositif de la rescision dans le code de 1942. Il y a deux cas disciplinés: la rescision du contrat à travers lequel une partie a pris des obligations à des conditions inéquitables, par nécessité, connue par la contrepartie, de sauvegarder soi-même ou autrui d'un grave dommage à la personne (art. 1147), et la rescision du contrat dans le cas où il y aurait une disproportion *ultra dimidium* entre les prestations des deux parties, et où la disproportion dépendrait de l'état de besoin d'une partie et dont l'autre partie profiterait pour en tirer avantage (1448).

Ce second cas, sous le nom d'action générale de rescision, est peut-être celui qui se prête le mieux à être considéré pour une réflexion sur l'importance de la vulnérabilité économique dans la matière contractuelle. À bien des égards, cependant, il s'agit d'une protection de la partie économiquement faible encore une fois très limitée.

Il faut tout d'abord considérer que l'attention se pose ici sur la seule valeur réciproque des prestations, celle-ci étant *condicio sine qua non* afin de pouvoir demander la rescision. Il s'agit donc seulement d'une, parmi les nombreuses situations, qui peuvent se vérifier dans le cas où il y aurait une disparité économique initiale entre les deux contractants.

En outre, le *modus operandi* de la rescision calque celui de l'action en nullité relative que nous venons de décrire (sauf le terme de prescription annuelle : v. art. 1449 ss.) et il en conserve par conséquent toutes les criticités en termes d'efficacité. Certes, la partie contractante convenue en rescision peut offrir une modification du contrat suffisante pour le reporter à équité, mais cela n'empêche pas que la solution ne reste qu'à l'exclusif exercice judiciaire.

Ce n'est pas un hasard, pour autant, qu'en en sommant le domaine d'application limité et le fonctionnement plutôt contraignant, la rescision résulte être une action d'usage marginal, pour ne pas dire nul.

---

<sup>35</sup> L'opinion est largement partagée dans la doctrine : v. pour tous PAGNI, *Le azioni de impugnativa negoziale*, Milano 1998, 45.

<sup>36</sup> BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris 1908, 469 : « le contrat sujet à rescision produisait tous les effets d'un contrat valable jusqu'à l'entérinement des lettres de rescision ». À propos du processus qui a amené à l'affirmation des *littere de rescision* comme instrument de changement de la perspective strictement processuelle de l'invalidation de l'acte vicié dans le système français antérieur à la codification, qu'il soit permis de renvoyer à GIROLAMI, *Le nullità de protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova 2008, 74 ss. et in part., 89 ss.

En dernière instance, afin d'éviter tout malentendu, il est utile de mentionner la présence dans le système du droit civil italien, dès l'entrée en vigueur du code en 1942, du dispositif de la résolution dite par coût excessif (art. 1467 ss.), à travers lequel le législateur a entendu poser remède aux situations dans lesquelles le rapport contractuel fondé sur un valable contrat synallagmatique s'altère au fil du temps en raison de circonstances survenues et imprévisibles qui rendent l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque (selon la même ratio que la résolution pour imprévision introduite par le nouvel art. 1195 Code Civil français)<sup>37</sup>.

Il doit s'agir de contrats à exécution continue ou périodique, parce que la protection ne concerne ici que la modification de la configuration obligatoire qui se manifeste dans le temps et n'intéresse en aucune façon le rapport originnaire réciproque des prestations, qui, comme nous l'avons déjà dit, sauf la présence d'autres vices spécifiques, est laissé dans le système juridique à la libre dynamique du marché (le même principe est exprimé par l'art. 1168 Code civil français).

La résolution des coûts excessifs, ou pour imprévision, n'est donc une solution visée à la protection de la vulnérabilité économique d'un des contractants : son utilité est celle de répondre à l'altération du contenu contractuel qui s'est déterminée *ex post*, à cause de circonstances extérieures (dites survenances), dont on ne considère pas autant l'essence que les conséquences envers le rapport contractuel. Et ce en dépit de la force économique des parties.

5. La forme contractuelle où il émerge avec davantage évidence la vulnérabilité de la partie contractante en position économique défavorable est celle du contrat d'adhésion à travers lequel habituellement la partie la plus forte se dote d'un texte contractuel modulé sur ses propres exigences et intérêts, en mesure d'être utilisé dans une logique de négociations en série. Il va de soi que dans la formulation unilatérale des clauses du contrat s'insinue le risque de la définition de la configuration d'un contenu au désavantage du sujet ayant une force contractuelle inférieure.

Le code civil italien fixe à cet égard deux types de prévisions.

Un premier groupe de règles est apte à discipliner la consistance matérielle et formelle du contrat et un second groupe est par contre finalisé à corriger, à travers le recours aux principes herméneutiques y étant consacrés, les éventuelles déviations par rapport à la logique naturelle du contrat.

Dans le premier type on enregistrera essentiellement les dispositions des articles 1341 et 1342 ayant été salués à l'origine comme des normes innovatrices, signal d'une attention prophétique envers le marché du législateur italien, si l'on considère qu'elles sont contemporaines à l'entrée en vigueur du code.

---

<sup>37</sup> La loi n. 2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance 2016 a ajouté un article au Code monétaire et financier en spécifiant que l'art. 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations résultant de titres ou de contrats financiers.

L'art. 1342 régleme le contrat par adhésion, dont le contenu est typiquement rédigé à travers des modules ou des formulaires auxquels la contrepartie se limite à adhérer. La loi tient ici à spécifier que d'éventuelles clauses additionnelles devront être considérées prédominantes par rapport aux clauses pré-imprimées. Rien de plus, cependant. C'est néanmoins la même logique qui émerge de la nouvelle définition du contrat d'adhésion en droit français (art. 1110, 2° al., modifié par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018)<sup>38</sup>.

L'art. 1342 se situe dans la foulée de la prévision de l'art. 1370, règle herméneutique indiquant à l'interprète que, en général, dans le doute, une clause prédisposée unilatéralement doit être interprétée dans un sens défavorable à la partie l'ayant rédigée. En cherchant de cette manière à combler le hiatus physiologique du contrat d'adhésion.

Mais la norme qui a suscité le plus de perplexités, dans ce contexte, et qui a, en premier lieu, attiré l'attention de la doctrine et de la jurisprudence est sans aucun doute l'art. 1341, consacré à l'aspect particulier de la prédisposition unilatérale du contrat sous le nom de conditions générales de contrat<sup>39</sup>.

On indiquait que le législateur italien fut un pionnier en la matière si on le compare aux autres grands systèmes juridiques européens, mais la solution adoptée en 1942 et qui est aujourd'hui encore en vigueur, a montré au fil des ans différentes limites surtout par rapport à certaines dynamiques de marché.

*Nulla quaestio* sur le point où l'on prévoit que les conditions générales de contrat, afin de devenir efficaces à l'égard de la contrepartie contractante, doivent lui être connues ou connaissables en recourant à l'ordinaire diligence, au moment de la conclusion du contrat (art. 1341, alinéa 1°). Plus problématique, en revanche, est la règle disciplinant les dites clauses abusives<sup>40</sup>, qui pour avoir effet doivent être spécifiquement approuvées par écrit (art. 1342, alinéa 2°).

Au delà des modalités spécifiques selon lesquelles cette souscription doit être apposée, qui ont même été sources de doutes interprétatifs, le point est qu'il s'agit de toute façon d'un contrôle purement formel, de nature à veiller à ce que la partie contractante adhérente prenne vision des clauses lui étant virtuellement préjudiciables.

---

<sup>38</sup> Le droit français précise maintenant que le contrat d'adhésion est seulement celui dont les clauses sont non négociables.

<sup>3939</sup> Dans la doctrine, v. pour tous SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, 4° ed., Torino 2016, p. 345 ss.

<sup>40</sup> Conformément à l'art. 1341, alinéa 2°, on appelle clauses abusives celles qui «établissent, au bénéfice de celui qui les a prédisposées, des limitations de responsabilité, la faculté de résilier le contrat ou d'en suspendre l'exécution, ou bien prévoient à charge de la contrepartie contractante des décadences, des limitations à la faculté de faire valoir des droits, des restrictions à la liberté contractuelle dans les rapports avec les tiers, une prorogation tacite ou un renouvellement du contrat, des clauses compromissaires ou des dérogations à la compétence de l'autorité judiciaire». La liste est considérée exhaustive, quand bien même susceptible d'interprétation extensive à l'intérieur de chaque typologie énoncée : cfr. Cass 06/9646 et dans la doctrine BIANCA, *Il Contratto*, cit., 353 s.

Ce qui peut certainement représenter un type de protection utile lorsque les parties ont une force de négociation comparable, mais qui reste une règle presque sans conséquence substantielle au cours de négociations pendant lesquelles l'attitude envers le marché des contractants est tout à fait différente.

Ce n'est pas un hasard, en effet, que le législateur européen, par la directive 93/13/CEE, se soit rendu interprète des exigences du nouveau marché qui toujours plus souvent voit interagir des contractants forts (professionnels) et des contractants faibles (consommateurs) dans des rôles opposés et qu'il ait introduit dans le cadre de la normative européenne une nouvelle forme de contrôle significatif concernant les clauses abusives.

Dans le cadre du système juridique italien, la directive a été tout d'abord transposée dans le code civil, aux art. 1469 bis et suivants, de par la centralité de la matière traitée<sup>41</sup>, puis dans le code de la consommation, aux art. 33 et suivants, à son entrée en vigueur en 2005<sup>42</sup>.

La spécificité de cette discipline consiste à pouvoir exclure l'abus d'une clause que la loi présume tel en prouvant, entre autre, avoir été l'objet d'une négociation individuelle (art. 34, alinéa 4°), ou bien avoir été offerte au consommateur la possibilité concrète d'en modifier le contenu, en dépit du fait que la modification ait été ensuite introduite. Il s'agit d'une discipline qui certainement doit être appréciée en ligne de principe. Elle s'applique notamment sur la seule base de la prédisposition unilatérale des clauses abusives, sans qu'il soit nécessaire qu'il s'agisse de négociations en série ou qu'elles soient contenues dans les conditions générales de contrat se prêtant ainsi à recouvrir de nombreuses, voire toutes, les situations de risque potentiel pour le consommateur. Il faut ajouter que dans l'art. 35 du code de la consommation le législateur impose que les clauses proposées par écrit soient rédigées clairement et compréhensiblement, en faisant prévaloir dans le cas de doute l'interprétation la plus favorable au consommateur.

Il reste le fait, toutefois, que très difficilement, dans la pratique, la partie économiquement faible sera mise dans la condition de pouvoir négocier de pair avec le professionnel pour redéfinir ou même aussi pour retoucher certains aspects du règlement de l'acte. Il s'agit plus d'un prendre ou à laisser qu'à la considération de l'intérêt du consommateur et ce parce que, une fois encore, le système ne fournit pas de sanctions adéquates pouvant dissuader le professionnel à profiter de sa force contractuelle pendant la phase de la formulation des clauses.

Le risque est que le consommateur puisse évoquer la nullité de la clause abusive. Il s'agirait d'une nullité dite de protection, prévue et disciplinée par l'art. 36 du code de la consommation (a. lgs. n. 206/2005) décrivant un contrat/clause vicié, pour lequel l'invalidité peut opérer à l'avantage de la seule partie économiquement faible et qui peut être soulevée d'office. Cette solution a beaucoup fait

---

<sup>41</sup> Parmi les premiers commentateurs v. CIAN, *Il nuovo capo XIV bis sulla disciplina dei contratti coi consumatori*, *Studium iuris* 1996, 425.

<sup>42</sup> Cfr. *Commentario breve al diritto dei consumatori*, par De Cristofaro-Zaccaria, 2<sup>ème</sup> ed., Padova 2013, sub art. 33 ss.

parler d'elle dans le contexte italien et de par sa formulation elle est appréciable, mais toutefois souvent elle n'est pas choisie puisqu'elle implique des coûts économiques et émotionnels<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> On peut encore ajouter un mot, à ce stade, pour ce qui concerne le *modus operandi* de la nullité de protection aujourd'hui prévue dans beaucoup de normatives du secteur, parmi lesquels le Texte Unique Bancaire (c.d. TUB, d. lgs. n. 385/1993) et le Texte Unique des dispositions en matière d'intermédiation financière (c.d. TUF, d. lgs. n. 58/1998), trouvant justement dans l'art. 36 du code de la consommation la norme paradigmatique.

Il émerge *ictu oculi*, du texte de l'art. 36, que la coexistence d'une action à légitimation relative à la détection d'office du vice semble bouleverser le cadre des invalidités classiques conçu par le code, qui oppose une figure, la nullité (art. 1418 ss. c.c.), opérante *ipso iure* et pour cela soulevable d'office, à légitimation absolue et irrémédiable, à une seconde figure, l'annulabilité (art. 1425 ss. c.c.), opérant *ope partis* et ainsi non soulevable d'office, à légitimation relative et validable. La rescision tout en étant une des figures d'invalidité du contrat, comme nous l'avons vu apparaît peu significative quant au cadre d'application et en tout cas calque, dans son *modus operandi*, la figure de l'annulabilité.

La nullité de protection, pour sa nature hybride, a été longtemps liquidée comme une exception au système et appelée pour cela sous les noms les plus variés. Les études à cet égard se sont arrêtées, au début, plus sur l'analyse de ses traits déviants par rapport aux figures classiques que sur la recherche d'éléments recourant pouvant en définir un statut de référence.

Après la formulation de l'art. 36 du code de la consommation en 2005, significativement intitulé "Nullité de protection" (terme nouveau qui aujourd'hui cependant représente la correcte appellation de la figure), une inversion de tendance s'est enregistrée, dans le but de délinéer positivement des caractéristiques de cette forme d'invalidité introduite à protection de la partie économiquement faible.

Récemment, les Sections Unifiées sont intervenues à ce propos (Cass., s.u., nn. 26242 e 26243/2014) pour définir dans un *obiter dictum* la nullité de protection comme une *species* du plus ample *genus* de la nullité (point 3.7 de la motivation); figure de nature ambiguë dans la mesure où elle se pose en fonction aussi bien des intérêts du sujet faible, que plus en général du marché (point 3.13.2); ayant comme caractéristique recourant la possibilité d'action laissée à l'initiative de la partie économiquement faible (points 3.10; 3.12.1; 3.13.3) à laquelle il faut ajouter la soulevabilité d'office (point 3.13.2; 3.13.3) conditionné au comportement processuel de la partie économiquement faible (3.15, lett. a; mais v. aussi 3.13.2). Des arrêts jumeaux descend aussi la définitive consécration de l'art. 36 Cod. cons. en tant que norme de référence concernant la nullité de protection.

Par conséquent, comme l'avaient déjà démontré différentes études de doctrine en la matière (qu'il soit permis, même pour d'ultérieures indications bibliographiques de renvoyer à GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, dans *Le forme de la nullità*, par Pagliantini, Torino 2009, p. 55 ss.; ID., *Le nullità de l'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2015, p. 172 ss.) et comme l'avait affirmé l'arrêt *Pannon* (4 juin 2009) de la Cour de Justice, la détectabilité d'office peut tout à fait se concilier à la légitimation relative, si correctement entendue. Dans la pratique le juge ne pourra relever le vice sans considérer l'intérêt de la partie économiquement faible, comme cela se manifestera pendant la dynamique du procès, et le devoir du juge sera de provoquer le contradictoire sur le point. En outre, comme naturel *pendant* de la légitimation à l'action de la seule partie économiquement faible, on reporte la validabilité du contrat par le même contractant comme élément étroitement associé au fonctionnement et à la finalité de la nullité relative.

Il en découle que la partie économiquement faible résulte être le véritable arbitre des sorts de l'acte vicié.

Il est important de souligner qu'une éventuelle déclaration de validation de la partie économiquement faible ne pourra intervenir efficacement que si elle est émise au moment temporel où entre en jeu l'exercice du droit sous-jacent au contrat ou à la clause viciée, parce que seulement à ce moment la partie économiquement faible sera vraiment dans la condition de pondérer adéquatement si un tel résultat correspond à son intérêt.

Et l'on replonge une fois encore dans le problème des remèdes qui ne se révèlent pas efficaces à préserver la partie économiquement faible, où il est évident que le point sensible ne réside pas autant dans le *modus operandi* ou dans la consistance de chaque solution, que dans le fait en soi que dans la plupart des cas la partie économiquement faible renonce à faire valoir ses propres droits parce qu'elle ne les connaît pas ou parce qu'elle n'entend pas faire face à un procès.

6. Nous avons affirmé la difficulté de prouver le bien-fondé du dommage en cas de violation de la clause de bonne foi et dans le cadre de la discipline des pratiques commerciale déloyales des artt. 18 ss. du Code de la consommation. Nous avons aussi affirmé les manques sur le plan de l'effectivité des solutions invalidantes du contrat, de l'annulabilité *in primis*, mais aussi de la nullité de protection si diffusée désormais dans les disciplines vouées à la protection de la partie économiquement faible<sup>44</sup>.

Pour conclure ce rapport il ne faut pas omettre, alors, une allusion à ce que voudrait être la voie que tracera le futur développement de la matière des contrats déséquilibrés, c'est-à-dire la protection collective. Le législateur italien a jusqu'à aujourd'hui choisi de ne pas généraliser l'accès à cette forme de protection, mais de ne la concéder que dans la dimension du code de la consommation, comme action inhibitoire (art. 140 cod. cons.) et comme action réparatrice à garantie des «droits individuels homogènes des consommateurs et des usagers [...], ainsi que des intérêts collectifs » (action de classe, art. 140 bis cod. cons.).

En négligeant le profil de l'action inhibitoire qui n'a que des conséquences indirectes dans la dimension individuelle des parties contractantes, la solution de l'action de classe apparaît sans aucun doute plus attrayante, mais de par sa discipline, de fait, elle n'a pas encore eu un écho important dans le système italien.

C'est, toutefois, la solution mise en acte dans le cas *Dieseldgate*, survenu suite à la manipulation des données concernant les émissions des moteurs EA 189 du groupe Volkswagen. La *class action*, promue par Altroconsumo, association italienne de défense des consommateurs, pour vérifier la pratique commerciale trompeuse mise en acte à travers la diffusion d'informations concernant les émissions polluantes ne correspondant pas à vérité ou de toute façon en mesure d'induire en erreur<sup>45</sup>, et pour obtenir la réparation du dommage, a été déclarée admissible par le Tribunal de Venise par le décret n. 12489/2017<sup>46</sup>, puis sujet d'appel de la part du constructeur d'automobiles;

---

<sup>44</sup> En général concernant l'efficacité des solutions invalidantes voir SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1455 ss.

<sup>45</sup> La pratique commerciale est définie dans le recours comme une pratique en tout cas trompeuse conformément à l'art. 23 cod. cons., et contraire aussi aux art. 20, 21 et 22 cod. cons.

<sup>46</sup> On a souligné l'homogénéité entre les droits individuels du proposant et des potentiels adhérents en raison de l'unicité du dit dommage-événement.

appel refoulé, à son tour, en novembre dernier par l'ordonnance n. 2966/2017. Nombreux ont été les adhérents. Il faudra maintenant attendre le déroulement de l'*iter* judiciaire, toutefois le fait que l'action ait été déclarée admissible en Italie est destiné à ouvrir la voie aux autres actions promues en Belgique, en Espagne et au Portugal et à représenter ainsi un cas paradigmatique d'action de classe européenne.

En arrivant ainsi à la conclusion, on peut affirmer que concernant les contrats stipulés par des contractants économiquement vulnérables il existe de nombreuses prévisions normatives bien construites, soit dans le code civil, soit dans le cadre de la législation de secteur, mais qu'aucune ne semble représenter un cadre des sanctions vraiment efficace.

La protection collective peut être une solution valable mais seulement si la violation est en série, dans le cas en revanche de comportement abusif individuel, le système italien, tout comme le système européen semble montrer toutes ses limites.

Un voie alternative parcourable se profile à l'horizon, le renforcement des dits ADR qui néanmoins pour le moment paraissent avoir une discipline encore trop confuse et qui peut-être pour cela n'ont pas encore reçu l'élan espéré et ce, malgré le récent règlement UE n. 524/2013, qui a amené à la reformulation des art. 141 et suivants. cod. cons.

Le souhait est, donc, double: d'un côté une progressive simplification des prescriptions informatives et formelles qui dans de nombreux cas apparaissent redondantes et de toute façon contenues dans de longue listes dispersives dans lesquelles il semble que l'on ait perdu l'idée que la norme doit consister en un précepte générale et abstrait et non pas dans une liste réglementaire; de l'autre côté l'obtention d'une majeure efficacité des remèdes prédisposés pouvant privilégier une approche extra-judiciaire simple ou des actions collectives.