

Fabrice LEDUC*

 <https://orcid.org/0009-0003-4152-5495>

APPRÉCIATION *IN ABSTRACTO* ET APPRÉCIATION *IN CONCRETO*

Abstract

Sujet d'étude : Le législateur utilise de nombreuses notions floues, appelées standards (cf. faute, force majeure, croyance légitime, vices cachés, prévisibilité du dommage, déséquilibre significatif...). A chaque fois, le standard consiste à apprécier un comportement ou une situation, en le comparant à un modèle de référence, afin de déterminer si ce comportement ou cette situation sont ou non normaux. Pour construire ce modèle de référence, le juge a à sa disposition deux modes d'appréciation possibles : l'appréciation *in concreto* et l'appréciation *in abstracto*. Cette distinction, quoique largement utilisée, n'est guère conceptualisée. L'objet de cet article est, à partir du droit français, de définir de façon plus précise ces deux modes d'appréciation. L'article, bien qu'il concerne le droit français, peut intéresser les juristes polonais, dans la mesure où il touche à une problématique qu'on retrouve dans tous les systèmes juridiques.

Objectif de recherche : L'objectif est, sur le plan théorique, de parvenir à une meilleure compréhension de la distinction entre appréciation *in concreto* et *in abstracto* et, sur le plan pratique, de déterminer, pour chaque standard, le mode d'appréciation adéquat.

Méthode : Dans un premier temps, une démarche analytique a été adoptée, qui consiste à analyser la jurisprudence relative aux différents standards, afin, dans un second temps, d'en tirer des enseignements de portée plus générale.

Conclusions : L'appréciation *in abstracto* consiste à apprécier un standard par référence à un étalon qui est extérieur au sujet auquel le standard s'applique. L'appréciation *in concreto* consiste, quant à elle, à apprécier un standard par référence à un étalon qui n'est autre que le sujet même auquel le standard s'applique.

L'appréciation *in concreto*, en ce qu'elle prend pour étalon le sujet jugé lui-même, ne sera légitime que lorsque la finalité de la norme est de protéger celui-ci ; dans le cas contraire, c'est l'appréciation *in abstracto* qui doit être utilisée.

Chacun de ces deux grands modes d'appréciation connaît des subdivisions internes.

L'appréciation *in concreto* peut être soit psychologique soit factuelle. L'appréciation *in concreto* psychologique consiste, pour apprécier le standard, à se référer à ce que le sujet jugé pense, croit ou éprouve. L'appréciation *in concreto factuelle* consiste, pour apprécier le standard, à se référer à ce que fait habituellement le sujet jugé.

* Professeur à l'Université de Tours ; e-mail : fabrice.leduc@univ-tours.fr

L'appréciation *in abstracto* peut être simple ou affinée. L'appréciation *in abstracto* simple consiste à apprécier le standard par référence à un étalon extérieur unique : la personne raisonnable. L'appréciation *in abstracto* affinée consiste, quant à elle, à apprécier le standard par référence à un modèle extrinsèque affiné, en ce qu'il est construit à l'aide d'une ou plusieurs spécifications issues du sujet étudié (cf. appréciation du comportement d'un professionnel par comparaison avec le comportement d'un professionnel-type de la même branche d'activité).

Mots clés : appréciation *in concreto/in abstracto*, faute, bonne foi, disproportion manifeste d'avantages.

La question du choix entre appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto*¹ se pose, en pratique, à propos de la mise en œuvre des standards. On désigne sous le nom de standards des notions faiblement déterminées *a priori* mesurant les comportements ou les situations en termes de normalité et impliquant, par là-même, dans chaque espèce, un étalonnage par le juge². Constituent, par exemple, des standards les notions de faute, de force majeure, de bonne foi, de déséquilibre manifeste, de délai raisonnable, de disproportion manifeste, etc.

Le législateur contemporain recourt abondamment à la technique du standard. Ainsi, par exemple, la partie du Code civil consacrée au droit commun des contrats qui, avant la réforme réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016, comportait neuf standards, en contient à présent une bonne vingtaine³. L'importance pratique de la distinction entre appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* s'en trouve par là-même accrue, de sorte qu'il n'est sans doute pas inutile de s'y intéresser à nouveau.

Cette distinction apparaît comme une véritable *summa divisio* de l'appréciation des standards (I). Mais, pour la mettre en œuvre, il faut faire apparaître, à l'intérieur de chacune des deux branches de la division, des subdivisions internes (II).

¹ Sur cette distinction, voir notamment, **N. Dejean de la Bâtie**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, bibl. dr. privé, T. 57 ; **S. Rials**, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, bibl. dr. public, T. 135 ; **F. Viney**, *Le bon père de famille et le plerumque fit: contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, thèse Paris 1, 2013 ; **P.-E. Audit**, *De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant*, RTD civ. 2021, p. 547 s.

² **V.S. Rials**, *Le juge...*, p. 120, n° 93.

³ **V.N. Blanc**, *Le juge et les standards juridiques*, RDC 2016/2, p. 394.

I. – Une *summa divisio*

A la lecture de l'ouvrage fondateur de Noël Dejean de la Bâtie intitulé « Appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* en droit civil français »⁴, on est, dans un premier mouvement, porté à douter que la distinction entre appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* puisse être érigée en *summa divisio* de l'appréciation des standards. A la réflexion, ce doute initial peut cependant être levé. Après la mise en doute (A) viendra donc, dans un second temps, la mise en place de la *summa divisio* entre l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* (B).

A/ Mise en doute

Noël Dejean de la Bâtie part du constat suivant :

En présence d'une notion impliquant référence à l'humain, l'appréciation peut osciller, assurément, entre deux pôles extrêmes, qui sont la référence à un type humain purement abstrait et celle qui serait faite à la personne même du sujet en cause. Mais elle peut aussi faire le choix d'un type intermédiaire – moyennement abstrait si l'on peut dire –, retenant par exemple certaines particularités du sujet à l'exclusion des autres. Ainsi, [...] pour savoir si un aveugle s'est comporté prudemment en traversant une rue, on pourrait comparer sa conduite à celle qu'aurait eue normalement dans les mêmes circonstances, non pas un homme quelconque (purement abstrait), ni à l'inverse un individu doté de toutes les particularités physiques et psychiques du sujet (ce serait considérer le concret), mais simplement un autre aveugle, type à la fois général et particulier⁵.

Sitôt dressé, ce constat inspire à l'auteur cette interrogation : « [p]our qualifier de tels modes d'appréciation intermédiaires, faut-il parler d'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* ? »⁶. Sa réponse est des plus nuancée : « [l]a question, en vérité, ne nous paraît pas comporter d'autre réponse que

⁴ Précité, note 1.

⁵ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation...*, p. 6 et 7, n° 8. D'autres passages de la thèse expriment la même idée : « l'appréciation *in concreto* ne se réduit pas nécessairement à la seule considération de la subjectivité individuelle [...] pas davantage l'appréciation *in abstracto*, telle que la conçoit la jurisprudence, n'impose la méconnaissance de toutes les données personnelles » (*Appréciation...*, p. 304, n° 410) ; « nous avons constaté que l'appréciation *in abstracto* n'était pas toujours, en droit positif, aussi abstraite que le pensent certains, et que l'appréciation *in concreto*, à l'inverse, n'excluait pas nécessairement un certain recours à l'idée du normal » (*Appréciation...*, p. 303, n° 405).

⁶ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation...*, p. 7, n° 8.

celle que chacun voudra bien lui donner. On peut admettre, pourtant, que c'est une question de degré, que cela dépend de l'importance plus ou moins grande des éléments concrets introduits dans le type général »⁷. En d'autres termes, de l'abstrait au concret, il y aurait, en fait, un *continuum*, une sorte de fondu enchaîné, une compénétration, sans ligne de démarcation bien tranchée. Tout le contraire, en somme, d'une *summa divisio*, qui postule une rupture nettement marquée entre deux catégories opposées.

En dépit du relativisme dont fait preuve Noël Dejean de la Bâtie à cet égard, il est pourtant possible de soutenir que, dans l'étalonnage judiciaire des comportements humains, la distinction entre appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* constitue une véritable *summa divisio*. En asseoir la mise en place, telle est la tâche à laquelle il faut maintenant s'atteler.

B/ Mise en place

L'appréciation *in abstracto* consiste à apprécier un standard par référence à un étalon qui est extérieur au sujet auquel le standard s'applique. En cela, elle peut être qualifiée d'extrinsèque⁸. L'article L. 134-4, alinéa 3, du Code de commerce en fournit une illustration. Selon ce texte, « L'agent commercial doit exécuter son mandat en *bon professionnel* ». Ainsi, pour apprécier l'action d'un agent commercial, le juge doit rapporter le comportement adopté en l'espèce par l'agent commercial à un type-modèle qui lui est extérieur, celui du bon professionnel exerçant la même activité.

L'appréciation *in concreto* consiste, quant à elle, à apprécier un standard par référence à un étalon qui n'est autre que le sujet même auquel le standard s'applique. En cela, elle peut être qualifiée d'intrinsèque⁹. Les vices du consentement, par exemple, donnent lieu à une appréciation *in concreto*. En droit français, il existe trois vices du consentement susceptibles d'entraîner la nullité du contrat : l'erreur, le dol et la violence. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 1130 du Code civil, « L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ». Ainsi, l'erreur, le dol ou la violence ne sont sanctionnés que s'ils ont un caractère déterminant. Or, l'alinéa 2 de l'article 1130 du Code civil

⁷ *Ibidem*.

⁸ S. Rials, *Le juge...*, 296, n° 221.

⁹ *Ibidem*.

précise que ce caractère déterminant « s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ». Ainsi, le caractère déterminant du vice du consentement s'apprécie par rapport à la personne même qui le subit.

L'opposition entre l'appréciation *in abstracto*, qui est extrinsèque, et l'appréciation *in concreto*, qui est intrinsèque, apparaît ainsi tout-à-fait nette. Cela étant, la dualité des modes d'appréciation du standard soulève inévitablement la question de savoir comment déterminer, pour chaque standard, le mode d'appréciation, *in abstracto* ou *in concreto*, qu'il convient de retenir.

L'appréciation *in concreto*, par cela même qu'elle prend pour étalon le sujet jugé lui-même, s'avère résolument favorable à celui-ci. Dès lors, on pressent intuitivement qu'elle ne sera légitime que lorsque la finalité de la norme est précisément de protéger le sujet jugé ; dans le cas contraire, c'est l'appréciation *in abstracto* qui sera de mise.

Pour formuler cette intuition de façon plus précise, on peut avancer que le recours à l'appréciation *in concreto* est subordonné à la réunion de deux conditions cumulatives.

La première condition est que la norme contenant le standard doit prescrire d'apprécier celui-ci dans l'intérêt du sujet auquel il s'applique. Tel est le cas, par exemple, de l'article 1927 du Code civil, aux termes duquel « Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent ». Le contrat de dépôt étant « essentiellement gratuit »¹⁰, l'altruisme du dépositaire justifie qu'on se montre indulgent dans l'appréciation de sa faute : pour déterminer si le dépositaire bénévole a ou non commis une faute dans la garde de la chose déposée, on comparera le comportement qu'il a eu à l'égard de celle-ci avec son comportement habituel à l'égard de ses propres biens¹¹. Il en va de même pour la bonne foi, au sens de croyance erronée : la norme prescrivant de prendre en considération la bonne foi du sujet tend, en principe, à protéger celui-ci.

La seconde condition est que l'intérêt du sujet jugé, que la norme contenant le standard tend à protéger, soit suffisamment puissant pour justifier une appréciation individualisée du standard, alors même que celle-ci est susceptible de léser un intérêt antagoniste.

¹⁰ C. civ., art. 1917.

¹¹ A titre de contre-épreuve, on relèvera que l'article 1928 du Code civil prescrit au juge de se montrer plus sévère à l'endroit du dépositaire lorsque celui-ci est rémunéré.

Reprenons, pour illustrer cette seconde condition, les deux exemples précédemment évoqués : la faute du dépositaire et la bonne foi.

La mansuétude à l'endroit du dépositaire bénévole a certes pour effet d'amoinrir la protection du déposant mais la volonté du législateur d'encourager l'altruisme est suffisamment énergique pour imposer ce sacrifice au déposant.

S'agissant de la bonne foi, elle s'apprécie *in concreto* pour appliquer, par exemple, la règle d'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Cette règle est énoncée par l'article 549 du Code civil : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi ». L'appréciation *in concreto* de la bonne foi du possesseur dans le cadre de l'article 549 résulte de la lettre de l'article suivant. Selon l'article 550 du Code civil, « Le possesseur est de bonne foi quand il possède [...] en vertu d'un titre dont il ignore les vices » (alinéa 1^{er}) ; « Il cesse d'être de bonne foi au moment où ces vices *lui* sont connus » (alinéa 2). Dans ces deux alinéas, le législateur fait explicitement référence, pour apprécier la bonne foi, au sujet jugé lui-même. Le recours à l'appréciation *in concreto* se justifie, en l'occurrence, par le fait qu'en ce qui concerne la restitution des fruits, l'intérêt du possesseur de bonne foi prévaut sur celui du propriétaire revendiquant : c'est qu'en effet, il serait injuste de condamner le possesseur de bonne foi à restituer en bloc des fruits perçus des années durant et vraisemblablement employés à l'entretien du bien, alors qu'en face, on a un propriétaire qui s'était tout de même totalement désintéressé de la gestion de son bien¹². En revanche, les tribunaux apprécient *in abstracto* la bonne foi lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle d'acquisition de la propriété d'un meuble corporel par le possesseur de bonne foi, énoncée par l'article 2276 du Code civil dans les termes suivants : « En fait de meubles, la possession vaut titre ». Le revendicateur n'a, en effet, pas à démontrer que le défendeur connaissait effectivement le défaut de droit de son auteur, fait psychologique dont on sait combien la preuve est délicate ; il doit seulement établir qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait dû avoir connaissance du défaut du titre de l'auteur¹³. Pourquoi ce basculement vers une appréciation *in abstracto* de la bonne foi ? Parce qu'en l'occurrence, l'intérêt adverse (celui du *verus dominus* qui cherche à récupérer son bien) est suffisamment fort pour refouler le principe d'appréciation *in concreto* de la bonne foi : la seconde condition requise pour l'application de l'appréciation *in concreto* fait, en l'occurrence, défaut.

¹² V. en ce sens, **W. Dross**, *J-Cl. civil, Droit d'accession sur ce qui est produit par la chose*, n° 33.

¹³ V. en ce sens, **W. Dross**, *J-Cl. civil, Prescription des choses mobilières*, n° 116.

Dans une *summa divisio*, les deux grandes catégories opposées font, en général, l'objet de subdivisions internes. La distinction entre appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* n'échappe pas à cette règle.

II. – Des subdivisions internes

Le genre « appréciation *in abstracto* » et le genre « appréciation *in concreto* » peuvent être subdivisés en diverses espèces, dont chacune possède un domaine propre.

A/ Subdivisions de l'appréciation *in concreto*

Deux variétés d'appréciation *in concreto* peuvent être distinguées : l'appréciation *in concreto* psychologique et l'appréciation *in concreto* factuelle.

L'appréciation *in concreto* psychologique consiste, pour apprécier le standard, à se référer à ce que le sujet jugé pense, croit ou éprouve. C'est ce mode d'appréciation qui est à l'œuvre en matière de vices du consentement ; il sert également à apprécier les préjudices ou encore, du moins en principe, la bonne foi.

L'appréciation *in concreto factuelle* consiste, pour apprécier le standard, à se référer à ce que fait habituellement le sujet jugé. C'est ainsi qu'est appréciée la faute du dépositaire bénévole, l'étalon de référence retenu par l'article 1927 du Code civil étant, on l'a vu, le comportement habituel du dépositaire à l'égard de ses propres biens.

B/ Subdivisions de l'appréciation *in abstracto*

Deux variétés d'appréciation *in abstracto* peuvent être distinguées : l'appréciation *in abstracto* simple et l'appréciation *in abstracto* affinée.

L'appréciation *in abstracto* simple consiste à apprécier le standard par référence à un étalon unique : le type-modèle extrinsèque de la personne raisonnable. Le modèle unique de la personne raisonnable renvoie schématiquement à l'adulte sans qualification ni tare particulières.

Pour en obtenir une image un peu plus précise, on peut s'appuyer sur les analyses de Noël Dejean de la Bâtie¹⁴ et sur des travaux plus récents d'analyse comportementale du droit qui se proposent d'importer dans la matière

¹⁴ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation...*, p. 157 s., n° 187 s.

juridique les enseignements de la psychologie cognitive. Ceux-ci montrent que tout être humain, quel qu'il soit, a une rationalité limitée parce qu'il est immanquablement victime de biais cognitifs, les biais cognitifs désignant « des modes de raisonnement empruntés de manière routinière par le cerveau humain pour analyser une situation ou aboutir à des conclusions et qui s'avèrent structurellement défectueux »¹⁵.

Sur ces bases, on parvient à ce portrait-robot de la personne raisonnable : la personne raisonnable, étalon de référence unique, est une personne avisée, même si sa rationalité est limitée par des biais cognitifs, droite et honnête, raisonnablement soigneuse et soucieuse de l'intérêt d'autrui, ayant un niveau de connaissances, d'habileté et de courage ordinaire.

L'appréciation *in abstracto* simple est assez usitée en matière civile.

D'abord, diverses dispositions du Code civil renvoient *expressis verbis* au modèle unique de la personne raisonnable :

- selon l'article 1197, le débiteur tenu de conserver la chose jusqu'à sa délivrance doit y apporter « tous les soins d'une *personne raisonnable* » ;
- selon l'article 1188, alinéa 2, « Lorsque la commune intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une *personne raisonnable* placée dans la même situation » ;
- selon, l'article 1301-1¹⁶, le gérant d'affaires est tenu d'apporter à la gestion « tous les soins d'une *personne raisonnable* ».

Ensuite, le Code civil se réfère fréquemment au « manifeste » : disproportion manifeste¹⁷, abus ou fraude manifeste¹⁸, désintérêt manifeste¹⁹, emprise manifeste²⁰, inaptitude manifeste²¹, etc. Or, le « manifeste » postule son accessibilité à la personne raisonnable, type unique sans talent ni handicap particuliers.

L'appréciation *in abstracto* affinée, seconde variété d'appréciation *in abstracto*, consiste, quant à elle, à apprécier le standard par référence à un modèle extrinsèque affiné, affiné en ce qu'il est construit à l'aide d'une ou plusieurs

¹⁵ **P. -E. Audit**, *De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant*, RTD civ. 2021, p. 547 s. et spéc. p. 567 s.

¹⁶ Ce texte a trait à la gestion d'affaires. Celle-ci, qui relève de la catégorie des quasi-contrats, résulte de l'immixtion sans habilitation préalable d'une personne (le gérant) dans les affaires d'une autre (le maître de l'affaire). La gestion d'affaires crée des obligations tant à la charge du gérant que du maître de l'affaire.

¹⁷ C. civ., art. 1221.

¹⁸ C. civ., art. 2321.

¹⁹ C. civ., art. 377.

²⁰ C. civ., art. 374-4-1.

²¹ C. civ., art. 832-3.

spécifications issues du sujet étudié. Tel est le cas, par exemple, lorsque, pour apprécier le comportement d'un professionnel, on le compare au comportement d'un professionnel-type de la même branche d'activité.

L'appréciation *in abstracto* affinée apparaît comme le mode dominant d'appréciation des standards en matière civile.

Elle sert, en premier lieu, à apprécier la faute civile. Pour constituer le type-modèle affiné auquel sera rapporté le comportement du sujet jugé afin de déterminer s'il est fautif ou non, Dejean de la Bâtie identifie deux sortes de spécifications qui peuvent être utilisées :

- d'une part, les facteurs de supériorité qu'on trouve chez le sujet jugé par rapport au modèle simple de la personne raisonnable : compétence professionnelle, au premier chef, mais aussi connaissances acquises dans le cadre d'une activité quelconque (conduite automobile, par exemple), connaissance des lieux, etc. ;
- d'autre part, les facteurs d'infériorité physique que présente le sujet jugé par rapport au modèle simple de la personne raisonnable : âge ; infirmité, du moins lorsque l'action à l'occasion de laquelle le comportement est apprécié est une action qu'on ne saurait reprocher à l'intéressé d'avoir entreprise en dépit de son infirmité (circuler à pied, prendre les transports en communs, etc.).

En revanche, les facteurs d'infériorité psychologique ou morale (manque d'intelligence ou de force morale) que peut présenter le sujet jugé par rapport au modèle simple de la personne raisonnable ne sauraient servir de spécifications pour façonner le modèle de référence affiné.

L'appréciation *in abstracto* affinée sert, en second lieu, à apprécier nombre d'autres notions civilistes, telles que la force majeure²², la croyance légitime du tiers-contractant²³, les vices cachés²⁴, l'acte utile du gérant d'affaires²⁵, la prévisibilité du dommage²⁶, l'exécution excessivement onéreuse²⁷, les attentes légitimes des parties²⁸.

C'est encore l'appréciation *in abstracto* affinée qui est à l'œuvre pour apprécier deux standards : la notion de besoin du créancier d'aliments, d'une

²² C. civ., art. 1218.

²³ C. civ., art. 1156.

²⁴ C. civ., art. 1641.

²⁵ C. civ., art. 1301-2.

²⁶ C. civ., art. 1231-3.

²⁷ C. civ., art. 1195.

²⁸ C. civ., art. 1166.

part, qui relève du droit de la famille, et la notion de déséquilibre significatif, d'autre part, qui relève du droit des contrats. Cependant, à l'égard de ces deux standards, le recours à l'appréciation *in abstracto* affinée fait débat. Il convient donc de les examiner successivement de façon plus approfondie.

On entend par aliments « les choses nécessaires à la vie, qu'en vertu d'un devoir de solidarité familiale, celui qui le peut doit fournir à son parent (ou allié) dans le besoin »²⁹. Aux termes de l'article 208 du Code civil, « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit ». Ainsi, le besoin du créancier d'aliments est une des données à prendre en compte pour l'octroi d'aliments. Dejean de la Bâtie a soutenu que ce standard s'apprécie *in concreto*³⁰. Il est cependant permis d'en douter. Une appréciation *in concreto* psychologique de la notion de besoin renverrait à la conception propre de ses besoins que se fait le sujet concerné. Or, comme le relève Dejean de la Bâtie lui-même, la jurisprudence ne retient que les besoins normaux, qu'elle distingue bien des « aspirations subjectives »³¹ ou des simples « convenances personnelles »³². Au demeurant, lorsque cet auteur écrit que la notion de besoins « implique la formulation d'un certain jugement de valeur quant au bien-fondé des aspirations qu'elle concerne »³³, il avoue, sans le dire, que l'état de besoin fait l'objet d'une appréciation *in abstracto* affinée : les besoins normaux du créancier d'aliments sont ceux qu'aurait le type-modèle extrinsèque de référence ayant le même état de santé, le même âge, le même train de vie antérieur que l'intéressé.

La notion de déséquilibre significatif est au cœur des dispositifs de lutte contre les clauses abusives³⁴ : une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite. Le déséquilibre significatif est volontiers présenté comme un standard donnant lieu à une appréciation *in concreto*³⁵. Cette opinion paraît cependant contestable. Une clause crée un déséquilibre entre les droits et obligations des parties lorsque, en contemplation de l'économie générale du contrat, elle rend moins favorable la situation de l'un des cocontractants par rapport à celle dans laquelle il se serait

²⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, V° Aliments.

³⁰ V.N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation ...*, p. 241 s., n° 304 s.

³¹ *Ibidem*, p. 250, n° 322.

³² *Ibidem*, p. 246, n° 316.

³³ *Ibidem*, p. 260, n° 336.

³⁴ C. civ., art. 1171 ; C. cons., art. L. 212-1 ; C. com., art. L. 442-1.

³⁵ V.C.-M. Péglion-Zika, *La notion de clause abusive. Etude de droit de la consommation*, LGDJ, bibl. dr. privé, T. 585, p. 258 s., n° 381 s. et les réf. citées note 227.

trouvé si la règle légale supplétive n'avait pas été écartée par la clause litigieuse. Mais parce que les parties sont libres de déroger à une règle supplétive, toute altération de la situation de l'une des parties ne sera pas sanctionnée. Pour qu'elle le soit, il faut qu'elle ait un caractère significatif. C'est là qu'on rencontre le standard. La question qui se pose alors est celle de savoir quand la dérogation à une règle supplétive entraîne une altération « significative » de la situation de l'une des parties. Lorsque la dérogation est excessive, est-on spontanément tenté de répondre. Et quand la dérogation à une règle supplétive devient-elle excessive, si ce n'est lorsqu'elle trahit un abus de la part de la partie forte³⁶ ? Reste alors à identifier le critère de l'abus de déroger à une règle supplétive. On peut le trouver dans la jurisprudence de la CJUE :

S'agissant de la question de savoir si une clause crée, en dépit de l'exigence de bonne foi, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat découlant de celui-ci, le juge national doit vérifier si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte cette clause à la suite d'une négociation individuelle³⁷.

Il s'agit donc de comparer le comportement de la partie forte *in specie* à un étalon de référence qui est le professionnel-type exerçant la même activité, en se demandant si ce type-modèle aurait pu raisonnablement s'attendre à ce que son partenaire accepte la clause litigieuse si ce dernier avait été en position de négocier. Ce qui correspond très précisément à une appréciation *in abstracto* affinée.

*

Si l'on en croit Paul Valéry, « Ce qui est simple est faux. Ce qui ne l'est pas est inutilisable »³⁸. On laissera à chacun le soin de juger si la distinction entre appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto*, telle qu'on vient de la dépeindre, parvient ou non à atteindre ce point d'équilibre si délicat à trouver : ni trop simple, au risque d'être fausse, ni trop compliqué, au risque d'être inutilisable.

³⁶ V. en ce sens, S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, bibl. dr. privé, T. 609, p. 283, n° 370.

³⁷ CJUE, 10 juin 2021, C-776/19.

³⁸ P. Valéry, *Mauvaises pensées et autres*, éd. Par Quatre Chemins, p. 127.

Literature

- Audit P.-E.**, *De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant*, RTD civ. 2021.
- Blanc V.N.**, *Le juge et les standards juridiques*, RDC 2016/2, p. 394.
- Chaudouet S.**, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, bibl. dr. privé, T. 609, p. 283, n° 370.
- Cornu G.** (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, V° Aliments.
- Dejean de la Bâtie N.**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, bibl. dr. privé, T. 57.
- Pégliion-Zika C.-M.**, *La notion de clause abusive. Etude de droit de la consommation*, LGDJ, bibl. dr. privé, T. 585, p. 258 s., n° 381 s.
- Rials S.**, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, bibl. dr. public, T. 135.
- Valéry P.**, *Mauvaises pensées et autres*, éd. Par Quatre Chemins, p. 127.
- Viney F.**, *Le bon père de famille et le plerumque fit : contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, thèse Paris 1, 2013.

Fabrice LEDUC

OCENA IN ABSTRACTO I OCENA IN CONCRETO

Abstrakt

Przedmiot badań: Ustawodawca posługuje się wieloma niedookreślonymi pojęciami, zwanymi standardami (por. wina, siła wyższa, uzasadnione przekonanie, wady ukryte, przewidywalność szkody, istotna dysproporcja itp.). Każdorazowo standard polega na ocenie zachowania lub sytuacji poprzez porównanie jej z modelem referencyjnym w celu ustalenia, czy dane zachowanie czy też sytuacja są prawidłowe, czy nie. Aby skonstruować ten model referencyjny, sędzia ma do dyspozycji dwie możliwe metody oceny: ocenę *in concreto* i ocenę *in abstracto*. To rozróżnienie, choć powszechnie stosowane, nie jest w pełni skonceptualizowane. Celem tego artykułu jest doprecyzowanie, w oparciu o prawo francuskie, tych dwóch sposobów oceny. Artykuł, choć dotyczy prawa francuskiego, może zainteresować polskich prawników, gdyż porusza problematykę obecną we wszystkich porządkach prawnych.

Cel badawczy: Na poziomie teoretycznym celem jest lepsze zrozumienie rozróżnienia pomiędzy oceną *in concreto* i *in abstracto* na poziomie praktycznym, zaś określenie dla każdego standardu odpowiedniego trybu oceny.

Metoda badawcza: Przyjęto podejście analityczne polegające na analizie orzecznictwa dotyczącego poszczególnych standardów, aby następnie wyciągnąć wnioski o bardziej ogólnym charakterze.

Wyniki: Ocena *in abstracto* polega na ocenie standardu poprzez odniesienie go do wzorca zewnętrznego w stosunku do podmiotu, którego ocena dotyczy. Ocena *in concreto* natomiast polega na ocenie standardu przez odniesienie do wzorca, którym jest (zachowanie) sam(ego) podmiot(u), do którego standard ma zastosowanie.

Ocena *in concreto*, ze względu na to, że za standard przyjmuje zachowanie samego podmiotu podlegającego osądowi, będzie uprawniona jedynie wówczas, gdy celem normy będzie ochrona tego podmiotu; w przeciwnym razie należy zastosować ocenę *in abstracto*. W ramach każdej z dwóch podstawowych metod oceny zachodzi podział wewnętrzny.

Ocena *in concreto* może mieć charakter psychologiczny lub odnosić się do faktów. Ocena psychologiczna *in concreto* polega na odwołaniu się do tego, co oceniany podmiot myśli, w co wierzy lub co odczuwa. Ocena *in concreto* oparta na faktach odwołuje się do tego, jak zwykle zachowuje się oceniany podmiot.

Ocena *in abstracto* może być prosta lub bardziej wyrafinowana. Prosta ocena *in abstracto* polega na ocenie standardu poprzez odniesienie do jednego wzorca zewnętrznego: rozsądnej osoby. Ocena bardziej wyrafinowana *in abstracto* polega z kolei na ocenie standardu poprzez odniesienie do modelu zewnętrznego udoskonalonego w tym sensie, że jest on skonstruowany przy użyciu jednej lub większej liczby cech ocenianego zachowania (patrz: ocena zachowania profesjonalisty w porównaniu z zachowaniem typowego profesjonalisty w tej samej branży).

Słowa kluczowe: ocena konkretna/abstrakcyjna, wina, dobra wiara, rażąca dysproporcja świadczeń.

Fabrice LEDUC

IN ABSTRACTO AND IN CONCRETO ASSESSMENT

Abstract

Background: The legislator employs various vague and undefined concepts, referred to as standards (e.g., fault, force majeure, reasonable belief, latent defects, foreseeability of harm, substantial imbalance, etc.). These standards consist of assessing the behaviour or situation by comparing it with a reference model that allows for determining their correctness. In constructing this reference model, the judge has two assessment methods at their disposal: *in concreto* assessment and *in abstracto* assessment. Despite their common usage, this distinction lacks comprehensive conceptualization. With a primary focus on French law, this article seeks to elucidate these two assessment modes, potentially holding relevance for Polish legal practitioners as addressing a ubiquitous issue across legal jurisdictions.

Research purpose: The theoretical goal is to enhance understanding regarding the distinction between *in concreto* and *in abstracto* assessment, while the practical objective is to identify the appropriate mode of assessment for each standard.

Methods: Adopting an analytical approach, this study examines case law related to each standard in order to draw generalizable conclusions.

Conclusions: *In abstracto* assessment involves evaluating a standard by comparing it to an external benchmark, while *in concreto* assessment involves evaluating a standard by referencing the behaviour of the subject(s) to which the standard applies. *In concreto* assessment may be applied only when the standard aims to protect the subject; otherwise, *in abstracto* assessment should be applied.

Within these two assessment methods, there exists an internal division.

In concreto assessment may be psychological or fact-based. The former entails consideration of the subject's thoughts, beliefs, or feelings, while the latter pertains to how the assessed subject normally behaves.

In abstracto assessment can be simple or more sophisticated. The former involves evaluating a standard with reference to a single external benchmark: a reasonable person. The latter involves assessing a standard with reference to a refined external model, constructed using one or more characteristics of the assessed behaviour (e.g., comparing the behaviour of a professional to that of a typical professional in the same industry).

Keywords: Concrete/Abstract assessment, fault, good faith, gross disproportion of benefits.