

La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...
par Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. « Le couvent contractuel de Frère Mazeaud »... C'est ainsi que, le 4 mai 2002, dans son rapport de synthèse¹, qui clôturait le colloque consacré au solidarisme contractuel, Jean Hauser m'apostropha spirituellement, pour exprimer les doutes que lui inspiraient les idées qui irriguent la pensée solidariste.

Près de dix ans plus tard, maintenant que le soufflet est un peu retombé, que les esprits se sont apaisés, que les solidaristes ont à peu près disparu du paysage, du-moins si on scrute la littérature contractuelles, il est temps, avec le recul qu'offre le temps qui passe et la sérénité² qu'il apporte, de revenir sur cette aventure du solidarisme contractuel.

2. Pour quelles raisons ? Certainement pas pour faire acte de contrition ou pour battre piteusement en retraite, sous le feu des vives critiques qu'ont adressées leurs prestigieux aînés, Jean Hauser en particulier, aux « *cadets du royaume contractuel* », comme les avait appelés, à l'époque, Jean-Louis Souriou³. Il ne s'agit pas non plus d'entreprendre une nouvelle croisade destinée à grossir des troupes qui avec le temps se sont, c'est le moins qu'on puisse dire, clairsemées, peut-être parce que ceux qui étaient présentés, à tort ou à raison, comme ses chefs de file ont eux-mêmes pris quelques distances... On ne prendra pas non plus la peine, comme nous avons été, à une époque désormais révolue, tenté de le faire, de répondre pied à pied à toutes les objections émises par les pourfendeurs du solidarisme. L'entreprise serait vaine, tant l'hostilité, si ce n'est l'animosité, intellectuelle qu'a provoqué le mouvement⁴ solidariste a été forte et demeure vivace encore. En somme, les opinions sont, de part et d'autre, figées à un tel point que tout nouveau plaidoyer serait très probablement superflu.

Si nous avons choisi, pour honorer le grand civiliste qui a souvent arpenté les rivages du droit des contrats, de revenir sur le solidarisme contractuel, c'est d'abord pour raconter sa véritable histoire, telle que je l'ai vécue de l'intérieur, ce qui, je crois, permettra déjà d'en relativiser la portée et de l'apprécier à sa juste valeur. Ensuite, je voudrais saisir l'occasion pour dissiper quelques malentendus et corriger quelques inexactitudes que la prose solidariste a suscitées, ce qui devrait conduire à mieux identifier la pensée dont celle-ci se nourrissait. Enfin, je souhaiterais exploiter les pages qui m'ont été aimablement offertes par les organisateurs de ces *Mélanges* pour clarifier ma conception du droit des contrats⁵, à l'aune des valeurs d'éthique et de solidarité contractuelles, dont je continue de penser que leur présence dans notre droit contractuel est utile et juste, pour paraphraser un autre grand maître du droit des contrats qui exerça lui aussi son art à la faculté de droit de Bordeaux...

¹ Du moins dans sa version orale, dont j'ai retrouvé par hasard la trace pour les besoins de cet article.

² Sérénité d'autant plus importante qu'en dépit des fortes divergences intellectuelles qui nous ont opposé, les rapports professionnels et humains entretenus avec la plupart des opposants au solidarisme, Yves Lequette en tête, sont tout simplement excellents. Une chose sont les opinions scientifiques et politiques, autre chose, autrement plus riches, plus fondamentaux et plus irrationnels aussi, sont les liens humains

³ *RTDciv.* 2001, p. 475.

⁴ Au sens propre, comme au sens figuré du terme.

⁵ Conception dont je concède qu'elle a probablement subie des évolutions que j'assume sereinement et pleinement .

3. En premier lieu, je voudrais, par le petit bout de la lorgnette, brièvement revenir sur les origines de l'aventure solidariste contemporaine⁶. Pour modeste qu'il soit, ce projet n'est pas aisé à réaliser, car il est moins simple que la lecture des ouvrages de droit des obligations le laisse supposer à première vue, d'identifier ceux des auteurs contemporains qui peuvent être regroupés sous la bannière du solidarisme contractuel, étant entendu que la paternité de l'expression a été attribuée par Yves Lequette⁷ à celui qui, indiscutablement, a été son chef de file entre 1995 et 2005 environ, Christophe Jamin⁸. En effet, pour ceux des auteurs de manuels qui consacrent quelques lignes au solidarisme contractuel⁹, ce sont toujours, à quelques exceptions près, les trois mêmes noms qui reviennent, à savoir Catherine Thibierge, Christophe Jamin et celui qui tient ici la plume, et les mêmes articles qui sont cités¹⁰, étant précisé que l'essentiel des critiques doctrinales se sont focalisés sur les deux derniers auteurs. Assez curieusement, et c'est qui rend difficile la détermination non seulement de l'origine mais encore de l'ampleur du phénomène doctrinal dans la doctrine contemporaine, certains auteurs ne se sont jamais, sauf à nous tromper, vus décerner le label de solidaristes, (ils ne l'ont pas non plus revendiqués d'ailleurs), et ont été totalement épargnés par les critiques, alors que leurs écrits fleurent bon pourtant le solidarisme contractuel. L'exemple le plus significatif est celui de Jacques Mestre, bizarrement oublié dans la quasi totalité des ouvrages. Pourtant, dans sa très fameuse chronique de droit des contrats qu'il a tenu, pendant des années, seul ou avec Bertrand Fages, à la *Revue trimestrielle de droit civil*, comme dans certains de ses articles, ses propos ne diffèrent en rien de ceux pour lesquels les auteurs susvisés ont été voués aux gémonies et accusés de tous les maux contractuels¹¹, qu'on en juge plutôt : « (...) les ferments de l'évolution sont (...) réunis, et l'espoir peut être raisonnablement entretenu : au souci contemporain d'équilibre contractuel, justifiant une intervention unilatérale de rééquilibrage au profit de la partie

⁶ On aura donc compris qu'il ne s'agit pas dans ces lignes d'invoquer les mannes du père du solidarisme contractuel, René Demogue, mais uniquement de s'arrêter sur la période la plus récente, à savoir la fin du XX^{ème} siècle et le XXI^{ème} siècle.

⁷ Bilan des solidarismes contractuels », in Etudes de droit privé, Economica, 2008, p. 247 et s., sp. n°1.

⁸ La pensée solidariste de cet auteur est parfaitement exposée dans son article classique « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2002, p. 441 et s.

⁹ Sur ce point, v. *infra*.

¹⁰ Pour Catherine Thibierge, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDciv.* 1997, p. 357 et s., pour Christophe Jamin, l'article précité note (8), et pour l'auteur de ces lignes « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges François Terré*, 1999, p. 603 et s.

¹¹ On va encore nous accuser de nous poser en victimes en employant ce vocabulaire. Nous assumons ce travers, d'autant plus qu'à la relecture de certains articles consacrés à la critique du solidarisme, on éprouve quand même quelques difficultés à considérer que « les critiques développées à l'encontre de l'école solidariste (sont restées) dans le champ du débat doctrinal traditionnel », (Y. Lequette, *eod. loc.*, sp. n°4). Il suffit pourtant de parcourir la prose anti-solidariste pour relever la virulence du propos, le mépris et la condescendance qui parfois les irrigue et les attaques personnelles qui les émaillent. Ici, on moque cette « doctrine mitée » (L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel : un mythe ? », in *Le solidarisme contractuel*, précité, sp. n°1), le « flou intellectuel d'une doctrine attrape-tout » (Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, précité, sp. n°6), à la « phraséologie creuse » (Y. Lequette, *eod. loc.*, sp. n°14), on raille « un discours dont les brillantes sinuosités ne parviennent pas à masquer les insuffisantes techniques » (*Ibid*, n°16), et qui « s'apparente plus à une sorte de réflexe conditionné qu'à un véritable raisonnement » (*Ibid*, n°31). Là, on fustige un « paternalisme (...) irrespectueux de la dignité humaine » (Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2009, sp. n°751), « le désintérêt profond que certains tenants du solidarisme contractuel portent à l'intérêt général » (Y. Lequette, *eod. loc.*, sp. n°37), et, cerise sur la gâteau, on s'inquiète de l'entreprise que poursuit le solidarisme moral, dont « l'histoire nous renseigne sur ce qu'il advient lorsqu'on s'essaie à de telles entreprises. Toutes proportions gardées, Maximilien de Robespierre à la fin du XVIII^{ème} siècle ou Lénine et ses émules dans la première moitié du XIX^{ème} siècle (...) » (*Ibid*, sp. n°10) ... Chacun jugera, mais il ne nous semble tout de même pas verser dans une stratégie de victimisation en considérant que la charge doctrinale anti solidariste s'est manifestée sur un ton qui tranche avec le débat doctrinal traditionnel.

considérée en situation d'inégalité, pourrait bien, demain, se substituer un esprit de collaboration, plus riche parce que naturellement bilatéral »¹²; « *Le contrat est de moins en moins perçu comme un choc de volontés librement exprimées, comme un compromis entre des intérêts antagonistes, âprement défendus. Il apparaît de plus en plus comme un point d'équilibre nécessaire, voire même comme la base d'une collaboration souhaitable entre les contractants* »¹³. (...) à l'heure actuelle, (...), *la pratique contractuelle et la jurisprudence passent insensiblement, à partir d'une certaine conception d'un intérêt commun, à un devoir positif de collaboration, qui est à la fois plus exigeant et, si j'ose dire, plus formateur des caractères* »¹⁴. *Idem* pour Philippe Rémy, même si celui-ci a manifestement changé son fusil d'épaule par la suite¹⁵ : « *Voilà donc qu'il se dessine une nouvelle façon de considérer le contrat, comme une union d'intérêts équilibrés, instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance, sous l'égide d'un juge qui sait être, quand il le faut, juge d'équité. Sans cette éthique contractuelle, qui nous vient de bien plus loin, il ne faudrait rien espérer du contrat* »¹⁶. Quand on sait que ces écrits, dont la lettre et l'esprit ne diffèrent en rien de ceux des auteurs précités¹⁷, ont été publiés plus de dix ans avant les articles de ces derniers et qu'ils n'ont pas suscité la moindre réaction chez les gardiens du temple, on peut quand même manifester un certain étonnement.

4. On pourrait donc être tentés d'établir une distinction au sein de la doctrine solidariste entre les solidaristes épargnés et les solidaristes éreintés, mais ce n'est pas cette classification qu'ont retenu ceux des auteurs qui ont cherché à rendre compte de la diversité de ce mouvement. Dans le sillage de Philippe Stoffel-Munck¹⁸, on présente souvent la doctrine solidariste comme étant divisée en deux tendances sensiblement différentes : le solidarisme social, d'une part, dont Christophe Jamin serait le champion ; le solidarisme moral, d'autre part, dont l'auteur de ces lignes serait le héraut.

On ne peut s'empêcher, dans un premier temps, d'esquisser un sourire rétrospectif face à cette présentation, qui laisse à penser que le solidarisme contractuel constituait une école structurée et que celle-ci aurait éclatée en deux pôles distincts. La vérité est que le mouvement que nous avons, avec Christophe Jamin, bien plus pris en marche qu'initiés, était totalement inorganisé et que les prétendus pôles se réduisaient en réalité, quant à leur composition à l'unité¹⁹...

Plus sérieusement, avec le recul, cette dualité me paraît reposer sur une confusion entre le prétendu solidarisme moral, qui n'a de solidarisme que le nom, et une vision plus exigeante de la morale contractuelle que nous avons défendue dans le passé et dont nous continuons à penser qu'elle constitue une directive dont le droit contractuel positif gagnerait à s'inspirer. En somme, le prétendu solidarisme moral dont je serais le chef de

¹² RTDciv. 1986, p.102.

¹³ « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, sp. p. 45.

¹⁴ *Ibid*, sp. p.53.

¹⁵ Comme le révèle suffisamment la lecture de son article « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 3 et s.

¹⁶ « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, sp. n°30.

¹⁷ On rappellera pour authentifier le label « solidarisme contractuel » qui peut être accordé à ces auteurs, que pour beaucoup d'auteurs, notamment pour Yves Lequette « *l'analyse solidariste diffère de la conception traditionnelle en ce que le contrat reposerait non sur un antagonisme des intérêts, mais sur une union de ceux-ci, laquelle impliquerait pour chaque contractant, le devoir de respecter les intérêts de son partenaire* » (*eod. loc. sp. n°7*).

¹⁸ D. 2002, 1979.

¹⁹ Ainsi, Alain Sériaux, souvent catalogué dans le solidarisme moral, a toujours récusé cette affiliation.

file me paraît procéder d'une confusion entre ce qui relève de la morale contractuelle et du véritable solidarisme, l'une et l'autre différant pourtant sensiblement quant à leurs domaines et à leurs portées respectifs. On peut par exemple ne pas être convaincu par la pertinence de la jurisprudence de la Cour de cassation aux termes de laquelle la mauvaise foi d'un contractant n'exerce aucune influence sur la substance de ses droits et obligations et ne peut affecter que l'efficacité de ses prérogatives contractuelles, sans pour autant être versé dans le courant solidariste. Simplement, on peut critiquer cette règle prétorienne au nom d'une certaine conception de la morale contractuelle.

5. Cette petite mise au point effectuée, on peut s'arrêter désormais sur les trois étapes qui ont marqué la brève histoire du solidarisme contractuel en droit positif, en évoquant successivement le feu (1), les cendres (2) et les braises (3)...

1) Le feu...

6. « *Ni cet excès d'honneur, ni cette indignité* »... A la réflexion, la citation convient parfaitement pour apprécier les réactions qu'a suscitées le mouvement du solidarisme contractuel, ces dernières années. Si on retrace, en effet, sa brève²⁰ histoire, on peut, semble-t-il, distinguer deux époques : la première au cours de laquelle, ce mouvement a été placé sous les feux de la rampe (a), la seconde durant laquelle il a été l'objet du feu des critiques (b).

a) Les feux de la rampe...

7. Dans un premier temps, assez bref, ce mouvement, relancé à l'initiative de Christophe Jamin, a reçu un écho certain en doctrine²¹. Un grand nombre de notes, de commentaires, d'articles et de thèses²², réalisés par d'autres que les solidaristes, lui ont été consacrés ou y ont fait référence. Un colloque lui fût même intégralement dédié²³ et certains auteurs, autres que les apôtres du mouvement, n'hésitaient pas à détecter dans les idées qui l'irriguent le ferment d'évolutions importantes de notre droit positif²⁴.

Est-ce l'ivresse du succès ? Toujours est-il que les années passant, comme Nicolas Molfessis²⁵ l'a très justement relevé, s'est développée en doctrine, partisans²⁶ et opposants confondus, une nette tendance à voir l'ombre du solidarisme partout, notamment dans la plupart des décisions de la Cour de cassation, un tant soit peu importantes rendues au cours de ces quinze dernières années. Que ce soit le sort des clauses de responsabilité abusives, le rejet de la bonne foi post-contractuelle, l'exclusion d'une obligation d'information sur la valeur du bien vendu à la charge de l'acquéreur, l'influence de la mauvaise foi du créancier contractuel sur ses droits, ses obligations et ses prérogatives, tous les arrêts de la Cour de cassation rendus sur ces questions ont été commentés à l'aune du courant solidariste. Or, à la réflexion, aucune des questions

²⁰ L'aventure du solidarisme contractuel contemporain a, en effet, commencé approximativement dans les années quatre-vingt dix.

²¹ En ce sens, L. Grynbaum, « La notion de solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p.25 et s. sp. n°17.

²² Il serait fastidieux de les relever tous ici. On peut quand même, pour les articles, citer celui de Mignot (« De la solidarité en général et du solidarisme en particulier », *RRJ* 2004, n°4, p. 2153) et, pour les thèses, celle de A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006.

²³ *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004.

²⁴ En ce sens, v. D. Mainguy et O. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, sp. n°5 et s.

²⁵ « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *RDA* 2011, p. 51 et S.

²⁶ A cet égard et avec le recul, je bats volontiers ma coulpe...

tranchées dans ces diverses décisions par la Cour ne nous paraît toucher de près ou même de loin au mouvement solidariste. Tout juste constituent-elles des prises de positions jurisprudentielles sur le rôle et l'intensité du devoir de bonne foi et de l'impératif de justice contractuelle en droit positif. Et peu importe, au fond, que l'on soit ou non solidariste pour approuver ou réprouver l'absence d'influence de la mauvaise foi du créancier sur ses droits et obligations contractuels, la suppression des clauses de responsabilité qui contredisent l'engagement essentiel souscrit par le débiteur, l'absence de bonne foi après la disparition du contrat ou d'obligation d'information de l'acquéreur en matière de vente, sauf à doter le mouvement du solidarisme contractuel d'un champ d'application que ses promoteurs eux-mêmes n'avaient pas l'intention de lui assigner, on y reviendra.

Quoiqu'il soit le soufflet du solidarisme contractuel est assez vite retombé, entendons par là que l'engouement qu'il a, dans un premier temps, engendré, s'est assez vite essoufflé pour laisser la place à une très vigoureuse contre offensive qui s'est traduite par un feu nourri de critiques.

b) Le feu des critiques

7. En premier lieu, après quelques temps, l'ensemble de la doctrine, solidaristes compris, a mis l'accent sur le bilan « comptable » très décevant des idées solidaristes.

D'une part, comme chacun l'a relevé, les idées solidaristes n'ont, en réalité, guère eu d'écho en jurisprudence. Pour être précis dans l'appréciation de la portée du solidarisme contractuel, il conviendrait d'ailleurs de distinguer la jurisprudence de la Cour de cassation, dont on peut soutenir qu'elle a rejeté les propositions de ce mouvement, et celle des juges du fond, lesquels ont été plus sensibles à cette doctrine. En ce qui concerne la seule²⁷ Cour de cassation, elle a très nettement manifesté son hostilité au solidarisme contractuel dans le traitement de deux séries de difficultés.

A propos de la rupture des contrats de distribution, d'abord, la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts dans lesquels elle a sèchement repoussé toutes les suggestions émises par les solidaristes pour atténuer les effets économiques désastreux pour les distributeurs de la rupture de leur contrat. Ainsi, la Cour n'a retenu, ni la proposition tendant à imposer une obligation de motivation au franchiseur ou au concédant en cas de rupture unilatérale²⁸, ni celle visant à l'indemnisation du franchiseur ou du concessionnaire en cas de rupture de leur contrat, qualifié pour les besoins de la cause de contrat d'intérêt commun²⁹, ni celle mettant à la charge du maître du réseau une obligation d'aide et d'assistance au profit de ses distributeurs « répudiés »³⁰. Ces défaites jurisprudentielles sont d'autant plus significatives, au stade l'appréciation du solidarisme contractuel, que c'est essentiellement sur ce terrain de la rupture des contrats de distribution, que les solidaristes avaient entendu développer une doctrine de « combat ». Je peux même affirmer que la seule fois où, avec Christophe Jamin³¹, nous avons véritablement envisagé de mener une stratégie coordonnée en vue d'instiller une dose de solidarisme contractuel dans notre droit contractuel, c'était dans ce domaine spécifique. L'indiscutable défaite que nous a alors infligée la jurisprudence

²⁷ On reviendra un peu plus tard sur la jurisprudence des juges du fond.

²⁸ Cass. com., 25 avril 2001 : *D.2001*, somm.comm., 3238, obs. D. Mazeaud ; *RTDciv.* 2002, 99, obs. J. Mestre et B. Fages.

²⁹ Cass. com., 8 janv. 2002 : *Contrats, conc., consom.*, 2002, comm. n°78, obs. M. Malaurie et n°87, obs. L. Leveneur ; *D.* 2002, somm.comm., 3009, obs. D. Ferrier.

³⁰ Cass. com., 6 mai 2002 : *D.2002*, 1754, obs. E. Chevrier ; *D.2003*, somm.comm., 2847, obs. D. Mazeaud.

³¹ C'était en 1993, si ma mémoire ne me fait pas défaut.

n'en a alors été que plus cuisante pour le solidarisme et les observateurs de ce mouvement relèveront que ces revers ont coïncidé avec un sensible affaiblissement de la production doctrinale des auteurs solidaristes.

C'est, ensuite, en matière de contrôle de l'abus du prix unilatéralement fixé que les auteurs solidaristes n'ont pas été suivis par la Cour de cassation. Alors que pour canaliser l'abus, ceux-ci avaient notamment proposé d'imposer une obligation de motivation au contractant doté du pouvoir de fixer unilatéralement le prix, pour encadrer et canaliser son pouvoir, et alors que les juges du fond³² s'étaient ralliés à cette proposition, la Cour de cassation l'a repoussée et s'est contenté, pour exclure l'abus de relever que débiteur du prix avait été informé de sa substantielle augmentation et qu'il était libre de résilier le contrat, par conséquent de faire jouer la concurrence et de négocier le prix selon la loi du marché³³.

8. Si le bilan jurisprudentiel du solidarisme contractuel, précisément sur les terrains que les solidaristes avaient investi pour influencer le droit positif, est clairement négatif, il n'est, d'autre part, guère plus fameux en doctrine.

D'abord, si on observe les très nombreux manuels de droit positif, on constatera qu'assez rares finalement sont ceux qui lui consacrent quelques développements dignes de ce nom, c'est-à-dire qui en exposent la sève idéologique, en apprécient la valeur et en évaluent la portée³⁴. Surtout, et c'est là évidemment l'essentiel, on constatera que pas un auteur de ces ouvrages ne revendique, de près ou de loin, son appartenance à ce mouvement.

Ensuite, il est probable que la charge mémorable à laquelle s'est livré Yves Lequette, dans son article sur « Le bilan des solidarismes contractuels » dans les *Mélanges offerts à Paul Didier*, a considérablement contribué à la brutale perte d'audience du mouvement solidariste dans la doctrine contemporaine. Ce texte constitue, à n'en pas douter le point d'orgue de la résistance doctrinale au solidarisme contractuel et des critiques adressées à deux de ses partisans, à savoir Christophe Jamin et l'auteur de ces lignes. Il fait suite à d'autres contributions doctrinales qui, elles aussi, révélaient une hostilité farouche à l'égard du solidarisme et des solidaristes. Mais, au fond, peu importe, l'essentiel réside dans l'argumentation développée par les auteurs précités, et tous les autres qui se sont joints à eux, pour sonner la charge anti-solidariste.

Pour l'essentiel³⁵, les critiques substantielles, qui, dans les ouvrages de droit des obligations, sont très souvent exposées dans des subdivisions relatives au fondement du contrat, tiennent, sans prétendre à l'exhaustivité mais sans volonté délibérée d'en occulter certaines, en quelques propositions. D'abord, on reproche au solidarisme contractuel de reposer sur une appréhension angélique et irénique du contrat³⁶,

³² Paris, 24 octobre 2000: *D. 2001, somm. comm.*, 3236, obs. D. Mazeaud ; *D. 2002, 641, obs. D.-R. Martin*.

³³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004 : *Contrats, conc., consom.*, 2004, comm. n°151, obs. L. Leveneur ; *D.2005, 1828, note D. Mazeaud ; Droit & Patrimoine*, nov. 2004, n°3566, obs. P. Chauvel ; *RD C2005, 275, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RTDciv. 2004, 749, obs. P.-Y. Gautier ; RTDciv.2005, 126, obs. J. Mestre et B. Fages*.

³⁴ Sur vingt ouvrages examinés pour les besoins de la cause, seuls ceux de Mme Buffelan Lanore et Larribau Terneyre (*Droit civil, Les obligations*, Sirey, 2008, sp. n°653 et s.) et Fabre-Magnan (*Droit des obligations, 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2010, sp. p. 79), et de MM. Flour, Aubert et Savaux (*Droit civil, Les obligations, 1, L'acte juridique*, Sirey, 2010, sp. n°119-1), Mainguy et Respaud (*Op. cit.*, sp. n°66), Poumarède (*Droit des obligations, Cours*, Montchrestien, 2010, sp. p. 117) et Terré, Simler et Lequette (*Droit civil, Les Obligations*, Dalloz, 2009, sp. n°41 et s.) consacrent véritablement au solidarisme contractuel de substantiels développements, soit moins d'un tiers des livres qui traitent du droit contemporain des contrats ...

³⁵ Pour un exposé plus systématique de ces critiques, v. notre article publié aux *Mélanges Terré*, sp. n°621 et s.

³⁶ En ce sens, entre autres car c'est sans doute la critique qui revient sur la plume de la majorité des auteurs, J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, T. IV, PUF, 2000, n°114 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, sp. n°42.

imprégnée de solidarité et de fraternité, et sur une vision de l'homme idéalisé et régénéré³⁷. Ensuite, cette doctrine l'entreprise solidariste instillerait dans le droit des contrats le venin de l'imprévisibilité et de l'insécurité³⁸. En outre, les solidaristes livreraient le contrat pieds et poings liés au juge, investi du pouvoir d'imposer sa vision personnelle de l'équilibre et du contrat³⁹, ignorants qu'ils sont de ce que « *la vie juridique existe en dehors de la vie judiciaire* »⁴⁰. De plus, les solidaristes pêcheraient aussi par ignorance, en ce qu'ils font totalement abstraction dans leur réflexion de l'analyse économique du droit et plus généralement de la dimension économique du droit des contrats⁴¹. Par ailleurs, on reproche aux solidaristes de s'être cantonné dans le seul domaine des contrats, alors que les idées dont ils se font les chantres auraient dû être exploitées dans la perspective de combats autrement plus fondamentaux⁴². Enfin, ce qui affaiblirait encore le mouvement du solidarisme contractuel, c'est leur approche complètement indifférenciée de l'univers contractuel qui les disqualifie encore un peu plus : « *A l'approfondissement et à la diversification des figures contractuelle, ils préfèrent un discours globalisant et indifférencié à connotation morale pour les uns, politico-sociale pour les autres* »⁴³. Qui trop embrasse, très mal étreint, en somme...

Le réquisitoire est impitoyable, d'autant plus que la qualité et la notoriété des procureurs lui donnent un crédit extrêmement fort. Si fort, que d'aucuns ont alors prédit qu'après celle du feu, c'est l'époque des cendres qui s'annonçait pour le solidarisme contractuel...

2) Les cendres

9. Impitoyable, le réquisitoire anti-solidaristes est-il pour autant implacable ? Pour y répondre, on envisagera successivement les deux attitudes qu'une telle charge peut provoquer, à savoir : disparaître (a) ou renaître (b)...

a) Disparaître...

10. Ceux qui plus tard peut-être se pencheront sur l'aventure du solidarisme contractuel, concluront probablement à sa disparition dès la fin de la première décennie du XXIème siècle et considéreront qu'il n'a pas survécu aux critiques. Et, il est vrai que l'article fameux dans lequel Yves Lequette a dressé un bilan apocalyptique des solidarismes contractuels semble bien en avoir sonné le glas. Les auteurs ciblés comme étant les chefs de file du mouvement, sans avoir pour autant nécessairement changé leurs fusils d'épaule, n'ont pas, si ce n'est au détour d'une note, consacré de nouvelles études de fond destinées à la diffusion de l'idée solidariste. D'une façon générale, le solidarisme semble être un peu passé de mode en doctrine, dans la mesure où les spécialistes du droit des contrats ne lui prêtent plus beaucoup d'attention et où les

³⁷ Y. Lequette, *eod. loc.*, sp. n°10.

³⁸ En ce sens, entre beaucoup d'autres, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. et loc. cit.* ; L. Le veneur, *eod. loc.*, sp. n°18 ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *op. et loc. cit.* ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. et loc. cit.*

³⁹ En ce sens, entre beaucoup d'autres, Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. et loc. cit.* ; Y. Lequette, *eod. loc.*, sp. n° 18 et s ; Ph. Rémy, *eod. loc.*, sp.n°11 ; F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, sp. p. 178 et 181 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, sp. n°42.

⁴⁰ Y. Lequette, *eod. loc.*, sp. n°20.

⁴¹ D. Mainguy et J.-L. Respaud, *op. et loc. cit.*

⁴² Y. Lequette, *eod. loc.*, sp. n°29 et s.

⁴³ *Ibid*, sp. n°14 et s.

jeunes docteurs qui l'évoquent dans leurs thèses le font de manière résolument critique⁴⁴.

11. Le diagnostic, pour pessimiste qu'il soit, comporte assurément une assez large part de vérité. Manifestement, les auteurs solidaristes ont délaissé le champ de bataille doctrinale. Paradoxalement, ce sont plutôt leurs détracteurs qui semblent ranimer la flamme en continuant de voir du solidarisme, là où les solidaristes n'en font point état, et qui continuent à passer à la moulinette du solidarisme les arrêts que la Cour de cassation rend en matière contractuelle. Par exemple, dans son article précité, Yves Lequette consacre de longs développements à un arrêt rendu, le 14 septembre 2005, par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, pour démontrer les méfaits de la doctrine solidariste. Occasion pour lui de dénoncer les errements de l'auteur de ces lignes, pourtant qualifié à plusieurs reprises d'« *éminent commentateur* »⁴⁵, dans son commentaire de l'arrêt en question. Pourtant, n'importe quel lecteur qui se reportera à la note⁴⁶ que nous avons consacrée à cette décision, qui exclut la bonne foi postcontractuelle, pourra constater que nous ne faisons pas une seule fois allusion au solidarisme contractuel. Notre critique de l'arrêt ressemble d'ailleurs d'assez près, quant à son esprit, à celle que lui avaient adressée MM. Fages et Mestre dans leurs propres observations⁴⁷, mais ces auteurs sont curieusement épargnés par le pourfendeur des solidarismes contractuels. De même, dans leur commentaire de l'arrêt rendu, le 10 juillet 2007, par la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans lequel celle-ci se prononce sur la portée de la mauvaise foi du créancier contractuel sur ses droits, ses obligations et ses prérogatives, MM. Terré et Lequette⁴⁸ affirment que cette décision « *encourt évidemment les critiques de la doctrine solidariste en ce qu'elle ruine ses espoirs de voir le juge investi, sous couvert de bonne foi, du pouvoir d'imposer sa propre vision de l'équilibre et de l'utilité du contrat* »⁴⁹, et citent à l'appui les observations publiées par l'auteur de ces lignes à la *Revue de Droit des Contrats*. Or, non seulement, il ne nous semble pas que le solidarisme soit ici de saison pour apprécier l'arrêt en question, mais encore, tout solidariste que je sois et que je reste, mon propos n'était pas celui que me prête ces auteurs. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux dites observations⁵⁰ pour constater que ce que nous prétendions simplement en appréciant la portée de cet arrêt, c'était qu'il semblait sonner « *définitivement le glas des espoirs de ceux qui voyaient dans l'article 1134, alinéa 3, du code civil, le ferment de la révision judiciaire pour imprévision. (...) Avec son arrêt, la Chambre commerciale transforme probablement de tels espoirs en illusions perdues* ». Entre regretter que cet arrêt sonne le glas d'une judiciarisation générale du contrat au nom de l'exigence de bonne foi, comme MM. Terré et Lequette nous le font dire, et déplorer qu'il emporte la fin des espoirs de ceux qui pensaient que le devoir de bonne foi pourrait constituer le ferment d'un pouvoir exceptionnel de révision judiciaire pour imprévision, il existe quand même une sensible différence, de nature plus que de degrés d'ailleurs.

Mais au fond ce qui nous semble extrêmement constructif dans toutes les critiques adressées au solidarisme contractuel, convaincantes ou non, c'est, entre autres,

⁴⁴ En ce sens, v. par exemple, Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, Thèse Paris II, 2010, dactyl ; L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011.

⁴⁵ Expression dont chacun sait ce qu'elle signifie lorsqu'on l'emploie...

⁴⁶ D. 2006, 761.

⁴⁷ *RTDciv.* 2005, 776 et s.

⁴⁸ *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2008, n°161.

⁴⁹ Sp. p. 178.

⁵⁰ *RDC* 2007. 1110 et s.

de révéler les incompréhensions et les malentendus que ce mouvement a suscités. Incompréhensions et malentendus qu'il convient de dissiper pour...renaître...

b) Renaître...

12. « Renaître » exige indiscutablement que le message solidariste, qui, au fil du temps, s'est brouillé par la faute conjuguée de ses adeptes et de ses adversaires, soit clarifié, recentré, précisé, qu'il s'agisse du solidarisme contractuel, en général, ou du prétendu solidarisme moral, en particulier. Dans cette perspective, on partira des critiques les plus fondamentales qui ont été émises en doctrine.

Quant au solidarisme contractuel en général, en premier lieu, on reviendra sur trois points qui nous paraissent essentiels.

On s'arrêtera, d'abord, sur le régime du contrat, qui prétendument serait, si le solidarisme contractuel acquerrait droit de cité dans notre droit contemporain des contrats, frappé d'une insécurité inéluctable et d'une imprévisibilité fatale, en raison de la judiciarisation du contrat que ce mouvement promet et emporte nécessairement. Ainsi, entre beaucoup d'autres, Philippe Rémy affirme que « *le solidarisme contractuel prétend plutôt constituer un anti-système qui fournirait au juge du contrat (...) la justification idéologique d'un interventionnisme désordonné* »⁵¹. Et Laurent Leveneur de prolonger : « *Accepter la mise en œuvre de cette doctrine, c'est donc nécessairement livrer le contrat au juge, avec un fort risque d'arbitraire* »⁵². Et MM. Terré et Lequette de poursuivre : les solidaristes en appellent « *à une application tentaculaire du principe d'exécution de bonne foi permettant au juge d'imposer sa propre vision de l'équilibre et de l'utilité du contrat* »⁵³.

Or, le projet solidariste n'a jamais consisté, du moins quand il était exprimé par l'auteur de ces lignes, à livrer le contrat, pieds et poings liés au juge. On a beau lire et relire les écrits solidaristes cités par les auteurs susvisés, on n'y découvre aucun appel à une immixtion généralisée du juge dans le contrat. Certes, *via* l'extension du devoir de bonne foi qu'ils préconisent, les auteurs solidaristes concèdent que l'intervention du juge sera mécaniquement accrue, mais pour autant ils ne militent pas pour une judiciarisation systématique du contrat, loin s'en faut, ne serait-ce que parce que le devoir de bonne foi ne se substitue pas aux principes de liberté, d'irrévocabilité et d'intangibilité contractuelles, mais qu'il s'y ajoute simplement. Plus encore, quand ils affirment que « *le bras armé du solidarisme contractuel est le juge qui, en son nom, peut et doit exercer un contrôle plus dynamique et subjectif* », ils cantonnent expressément le contrôle en question « *aux hypothèses dans lesquelles, loin d'être le fruit de la liberté et de l'égalité contractuelles, le contrat est le produit d'une inégalité économique et d'une liberté unilatérale qui se déploie tant au stade de la formation du contrat qu'à celui de son exécution, et qui se traduit par la stipulation de clauses de pouvoir qui, peu ou prou, placent le destin de la relation contractuelle entre les mains d'un seul contractant* »⁵⁴ « *contrats de longue durée dans lesquels l'inégalité avérée des contractants risque de se traduire par des abus et des excès de pouvoir, lesquels sont eux-mêmes, les ferments de déséquilibres contractuels inadmissibles ou, pire encore, la cause de la disparition économique d'un des contractants* »⁵⁵. On ajoutera que la faveur pour la révision judiciaire du contrat pour imprévision, qui unit les auteurs solidaristes, ne peut pas

⁵¹ *Eod. loc.*, sp. p. 11.

⁵² *Eod. loc.*, sp. n°17.

⁵³ *Eod. loc.*, sp. p. 181.

⁵⁴ Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004 : D. 2005, p. 1828, sp. n°2.

⁵⁵ « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, préc., sp. n°5.

sérieusement être exploitée pour les accuser de revendiquer une tutelle judiciaire du contrat. Chacun sait que l'intervention du juge, en cas de changement de circonstances, est toujours subordonnée à la réunion de très strictes conditions, qui dotent son pouvoir de révision d'un caractère nécessairement exceptionnel.

En définitive, si les solidaristes réclament un rôle accru juge, c'est, d'abord, pour tempérer les abus et les excès engendrés par la liberté unilatérale qui préside à certaines relations contractuelles, ensuite, pour encadrer des relations contractuelles spécifiques qui ne correspondent pas à la structure à partir de laquelle a été édifiée la théorie générale du contrat, enfin pour résoudre des crises contractuelles par hypothèse exceptionnelles. Pas d'appel donc à l'invasion judiciaire du contrat, simplement une ingérence exceptionnelle du juge quand les circonstances l'exigent.

13. Pour préciser le projet solidariste, en répondant aux critiques qui lui ont été adressées, on reviendra ensuite sur la portée que souhaitaient lui assigner ses promoteurs. Les quelques ouvrages contemporains de droit des obligations qui prêtent attention au solidarisme contractuel, l'étudient souvent dans une subdivision relative au fondement du contrat, laissant ainsi penser que l'ambition des auteurs solidaristes était de modifier de fond en comble les fondations du contrat et du droit qui le régit. Or, tel n'était pas le cas, il s'en faut même de beaucoup : *« les promoteurs de ce projet contractuel (...) ne rêvent pas de révolution contractuelle. Ils sont simplement animés par un souci de rééquilibrage des impératifs et des principes qui fondent le modèle contractuel français, lui confèrent son originalité et expriment sa richesse. Car si, depuis deux siècles, la liberté, l'égalité et la stabilité contractuelles constituent les mamelles de notre droit des contrats, la part laissée à la loyauté et à l'équité, notamment, réduite à une peau de chagrin jusque dans ces trente dernières années, reste encore assez largement déficitaire en droit positif. Or, comme le révèle la lettre de notre Code, dans ses articles les plus emblématiques, ainsi que nombre de constructions jurisprudentielles, depuis deux siècles, la force du modèle contractuel français réside dans l'alliance harmonieuse, et donc équilibrée, entre ces différents principes fondateurs. D'où le souci notamment d'œuvrer pour faire en sorte que les notions souples et flexibles qui irriguent la théorie solidariste ne soient pas simplement considérés comme « des mots, des mots », mais comme des pièces clefs d'un droit des contrats qui conjugueraient harmonieusement les idées de liberté et de loyauté, d'égalité et d'équité, de sécurité et de solidarité, lesquelles peuvent être conciliées et doivent, à cet effet, être réconciliées, plutôt qu'être appréhendées, non sans manichéisme, dans une logique de confrontation et d'irréductible opposition »*⁵⁶. CQFD ! Il ne s'agissait donc pas de modifier de fond en comble notre droit des contrats, mais simplement d'accoupler les principes traditionnels avec des idées et des valeurs nouvelles.

14. Enfin, il importe de bien préciser le domaine dans lequel les solidaristes souhaitaient que leurs idées se déploient. Sur ce point, en effet, comme on l'a déjà vu, il a été reproché à ces auteurs de ne pas avoir, à l'instar de Demogue, procédé à des distinctions essentielles entre les différents types de contrats et d'avoir, par conséquent, tenu un *« discours globalisant et indifférencié »*⁵⁷ qui, dès lors, le disqualifie. A n'en point douter, il s'agit là de la critique la plus pertinente, adressée aux solidaristes. Il est vrai qu'il peut nous être reproché de ne pas avoir déterminé avec précision, de façon préalable, le domaine spécifique dans lequel les idées qui irriguent le solidarisme contractuel devraient se déployer, et de ne pas avoir, dans cette perspective, distingué, pour les besoins de la cause, entre les différents types de contrats.

⁵⁶ Note préc., sp. n° 1.

⁵⁷ Y. Lequette, préc., *supra* n°

Pour pertinente qu'elle soit, la critique nous paraît tout de même un tantinet excessive. En effet, dans son article maintes fois cité, Yves Lequette relève, en citant des passages des articles de Christophe Jamin et de l'auteur de ces lignes, que « *si l'existence d'une réalité contractuelle spécifique est parfois pressentie, c'est toujours à travers une terminologie singulièrement fluctuante* » et conclut « *On est bien loin de Saleilles identifiant la figure du contrat d'adhésion* »⁵⁸. C'est en cela que sa critique, aussi pertinente soit-elle sur le principe, nous paraît excessive. Excessive, parce que, dans un de ses articles⁵⁹, Christophe Jamin a identifié la figure des « *contrats de sujétion* » : contrats qui ont « *pour particularité de s'inscrire dans la durée et de ne pas être seulement le support d'un échange. Parce qu'ils mettent aux prises des parties de force inégale, ces contrats peuvent réserver à l'un d'entre elles le droit de fixer les règles du jeu au cours de leur exécution. (...) Ces contrats ont la particularité de faire de l'un des contractants le sujet de l'autre, sans que le droit civil, ni d'ailleurs le droit de la consommation soient toujours en mesure de prendre en charge cette situation* »⁶⁰. Beaucoup plus modestement, mais n'est pas Jamin qui veut..., l'auteur de ces lignes s'est à plusieurs reprises attaché à circonscrire le rayon d'action du solidarisme contractuel de façon tout de même un peu plus récurrente et précise que le laisse entendre Yves Lequette. Je cite : « *un des domaines de prédilection du solidarisme contractuel se trouve dans les contrats de distribution qui s'inscrivent dans la durée, qui sont sous tendus par un projet commun et qui se traduisent par la dépendance, économique et juridique, d'un contractant par rapport à l'autre* »⁶¹ ; le solidarisme contractuel « *a, essentiellement, vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au contractant dominant de fixer unilatéralement le contenu du contrat, qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent dans une clause d'exclusivité* »⁶².

Objectivement, ajoutés à quelques autres, ces écrits nous semblent tout de même révéler que les solidaristes avaient assez précisément ciblé le domaine dans lequel ils entendaient que leurs idées s'appliquent, à savoir, essentiellement sinon exclusivement, les contrats qui répondent à un triple critère : la durée, l'intérêt commun et la dépendance d'un contractant vis-à-vis de l'autre. Certes, cette figure contractuelle n'entre peut-être pas dans une catégorie académique prédéterminée, mais elle nous semble néanmoins correspondre à une réalité contractuelle aisément identifiable, à savoir les contrats de distribution, dont, rappelons le (à dessein), le régime de la rupture a constitué le cheval de bataille principal des solidaristes.

15. Reste à revenir sur ce que certains ont appelé le solidarisme moral, variante du solidarisme contractuel qu'Yves Lequette a jugé plus inquiétante encore que le solidarisme social⁶³. A la réflexion il me semble que cette perception du solidarisme, dont l'auteur de ces lignes serait le chef de file, relève pour une part d'un malentendu, lequel, je le concède volontiers, procède sans doute d'approximations qui nous sont imputables.

⁵⁸ N°16.

⁵⁹ « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, préc.

⁶⁰ N°8.

⁶¹ Note préc. n°2.

⁶² Note sous Cass. com., 15 janv. 2002 : D. 2002, .

⁶³ « Bilan des solidarismes contractuels », préc., sp. n°37.

Dans le prétendu solidarisme moral, coexistent, en réalité, deux éléments, comme le suggère d'ailleurs, sans doute pas assez clairement, la structure de notre article publié aux *Mélanges Terré*⁶⁴, toujours cité comme creuset de cette variante du solidarisme.

En premier lieu, et il ne s'agit pas là à proprement parler de solidarisme, il est proposé d'instiller dans les contrats en général, sans aucune limitation de domaine, un surcroît de morale et de justice contractuelle *via*, notamment mais pas exclusivement, le devoir de bonne foi, étendu à tous les stades du processus contractuel. Au nom d'une exigence générale et accrue d'éthique contractuelle⁶⁵, il s'agit, notamment dans les relations contractuelles dans lesquelles la liberté et l'égalité contractuelles ne sont que des leurres, et dans lesquelles le destin du contrat se trouve, en réalité, placé entre les mains d'un contractant, d'adapter la théorie générale du contrat, dans ce qu'elle a alors d'inappropriée pour ce type de relations contractuelles, en intégrant dans la gamme contractuelle des valeurs, traditionnellement occultées ou sous-estimées, telles la transparence, la cohérence, la proportionnalité (en fait, l'absence de disproportion, d'excès manifeste, de déséquilibre excessif), la dignité. Exceptionnellement, dans des situations contractuelles de crise, cette exigence d'éthique contractuelle peut emporter une certaine forme d'altruisme ou de fraternité, lesquels peuvent notamment conduire, en cas de changements de circonstances emportant un bouleversement profond de l'économie générale du contrat, à sa renégociation, sa révision ou sa résiliation judiciaires, et en cas de surendettement menaçant le débiteur surendetté de précarité sociale, à la modification, voire à la suppression des obligations contractuelles.

On insistera, d'une part, sur le fait que cette proposition d'intensifier l'exigence d'éthique contractuelle non seulement n'a pas pour ambition de révolutionner la théorie générale du contrat, mais simplement de l'adapter, de l'enrichir, pour qu'elle appréhende la réalité contractuelle contemporaine, mais encore, n'a pas pour objet de substituer, de façon générale, les idées d'altruisme et de fraternité aux principes de liberté et de prévisibilité contractuelles. Ce n'est que de façon exceptionnelle, pour faire face à une situation contractuelle de crise, que le législateur ou le juge sont fondés à imposer à un contractant de prendre en considération les intérêts de son partenaire et de lui imposer des « sacrifices », sous forme de modification du contrat ou de renonciation à une créance. En somme, l'exigence d'éthique contractuelle que nous défendons ne consiste pas à exiger de chaque contractant qu'en tous temps et en tous lieux il aime son partenaire, comme un frère.

D'autre part, on rappellera qu'il ne s'agit pas ici de promouvoir le solidarisme contractuel, mais très simplement, au fond, de plaider pour plus de justice et de morale contractuelles dans le droit des contrats, sans pour autant d'ailleurs prêcher pour un moralisme débridé qui se traduirait par une application tentaculaire et systématique du devoir de bonne foi, ferment d'un pouvoir général d'ingérence du juge dans le contrat.

16. Parallèlement, mais dans le seul domaine des contrats caractérisés par la situation de dépendance d'un contractant par rapport à l'autre, la durée de leur relations et l'intérêt commun qui irrigue le contrat qui les unit, à savoir pour l'essentiel les contrats de distribution⁶⁶, on a émis des propositions qui, elles relèvent du solidarisme, à proprement parler et non, donc, d'un prétendu solidarisme moral. Propositions qui s'inscrivent dans ce contexte contractuel spécifique et qui reposent conceptuellement sur le devoir de coopération qui s'impose au contractant dominant au profit du contractant dépendant. Propositions qui se traduisent par toute une série

⁶⁴ Précité.

⁶⁵ Préférable, à la réflexion, à celle de civisme contractuel, sans doute trop connotée.

⁶⁶ En tous cas, sous notre plume.

d'obligations qui jalonnent tous les stades du processus contractuel, de la négociation jusqu'à la rupture du contrat (information, motivation, renégociation, réparation, aide, etc...) et qui sont fédérées autour de l'idée de solidarité...

Cette clarification sur le prétendu solidarisme moral étant opérée, ainsi que sur la véritable ambition des solidaristes et sur le domaine dans lequel leurs idées ont vocation à prospérer, on peut alors plus précisément et plus sereinement se demander si il ne subsiste pas des braises de ce mouvement, le solidarisme contractuel, qu'on a peut-être enterré un peu trop vite.

3) Les braises...

17. Le solidarisme contractuel, son esprit, son domaine, sa substance, étant désormais précisément rappelés, on peut rechercher ses manifestations *de lege lata* (a), et réfléchir sur ses applications *de lege ferenda* (b).

a) De lege lata

18. Rechercher les braises du solidarisme contractuel après la tempête anti-solidariste qui a soufflé sur ce mouvement ne nous conduira pas à opposer au bilan calamiteux dressé par ses détracteurs un contre-bilan flatteur. On l'a déjà dit, en faisant délibérément abstraction de la jurisprudence des juges du fond⁶⁷, le bilan jurisprudentiel du solidarisme contractuel est d'une maigreur insigne.

Pour le solidarisme de « filiation », entendons par là que les arrêts dont il s'agit peuvent être fédérés sous la bannière du solidarisme, alors que par hypothèse, il est certain que, lorsqu'elle les a rendus, la Cour ne s'est pas abreuvée à la fontaine solidariste, on ne peut guère évoquer que la jurisprudence sur la renégociation judiciairement imposée en cas de changement de circonstances provoquant un bouleversement de l'économie du contrat⁶⁸.

Quant au solidarisme d' « inspiration », en ce sens que l'on peut légitimement penser que la Cour de cassation a succombé aux idées solidaristes, on ne peut guère que citer le devoir de cohérence imposé au concédant ou au franchiseur qui rompt un contrat, alors que son comportement avait légitimement pu engendrer dans l'esprit du concessionnaire ou du franchisé, une croyance légitime dans le maintien du contrat⁶⁹. Peut-être, est-il aussi concevable de considérer que le solidarisme n'est pas étranger à la petite avancée que la chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment opéré

⁶⁷ Alors qu'il est avéré que les juges du fond ne sont pas insensibles au solidarisme contractuel, comme en témoignent, en matière de prix abusif, Paris, 24 oct. 2000, préc., en matière d'imprévision, Nancy, 27 septembre 2007 : *D.* 2008, 1120, note M. Boutonnet, *RDC* 2008, obs. D. Mazeaud, et en matière de rupture, Paris, 11 février et 2 mars 1999 : *D.* 1999, , note J.-P. Chazal.

⁶⁸ Cass. com., 3 nov. 1992: *Defrénois*, 1993, 1377, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 1993.II.22164, obs. G. Virassamy ; *RTD* civ. 1993, 124, obs. J. Mestre ; 24 nov. 1998 : *Contrats, conc., consom.*, 1999, comm. n°56, obs. M. Malaurie-Vignal ; *Defrénois*, 1999, 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1999.I.143, obs. Ch. Jamin ; *RTD* civ. 1999, 98, obs. J. Mestre et 646, obs. P.-Y. Gautier.

⁶⁹ En ce sens, v., Cass. com., 5 avril 1994 : *Contrats, conc., consom.*, 1994, comm. n°159, obs. L. Leveneur ; *D.* 1995, somm.com., 90, obs. D. Mazeaud ; *RTD* civ. 1994, 603, obs. J. Mestre ; 20 janv. 1998 : *Contrats, conc., consom.*, 1998, comm. n°56, obs. L. Leveneur ; *D.* 1998, 413, note Ch. Jamin ; *D.* 1999, somm.com., 114, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1999.II.10085, obs. J.-P. Chazal ; *RTD* civ. 1998, 675, obs. J. Mestre ; 9 avril 2002 : *RTD* civ. 2002, 811, obs. J. Mestre et B. Fages.

en matière d'imprévision...⁷⁰ Mais, quoiqu'il en soit, le bilan jurisprudentiel est assurément et nettement négatif.

19. En revanche, et sauf à nous tromper cet aspect du bilan est généralement ignoré, le législateur a, dans certaines lois qui composent ce que les spécialistes du droit de la concurrence appellent, avec un brin de condescendance, le « petit » droit de la concurrence, donné quelques gages de reconnaissance au solidarisme contractuel.

Depuis près d'un quart de siècles, le législateur a, en effet, entrepris de mettre en place une protection des professionnels qui évoluent dans le monde de la distribution⁷¹, notamment⁷² à ceux qui ont conclu des contrats qui s'inscrivent dans la durée, qui emportent une situation de dépendance d'un des contractants vis-à-vis de l'autre et qui constituent le creuset d'un intérêt commun. Cette protection⁷³ s'inscrit dans une politique au long cours, menée sur fond d'ordre public concurrentiel, qui tend à garantir les contractants professionnels, dépendants et dominés, du monde de la distribution, contre les risques inhérents à leurs activités et contre les pratiques restrictives imputables à leurs partenaires. Certes, le champ d'application des dispositions sur lesquelles nous allons nous arrêter n'est pas limité aux contractants professionnels qui évoluent dans le secteur de la grande distribution, mais il est avéré que dans l'intention du législateur, ce sont bien ceux-ci qui étaient les destinataires de cette protection contre les abus de dépendance et les pratiques restrictives de concurrence.

20. Le législateur a, d'abord, entrepris d'assurer la protection des contractants professionnels contre tous les risques qui peuvent surgir pour ces professionnels contre le risque d'entreprendre, en imposant à « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité* »⁷⁴ une obligation d'information qui permette à son futur cocontractant de s'engager en connaissance de cause. A l'origine, il s'agissait essentiellement de protéger les franchisés, puis le champ d'application du texte a été étendu notamment à tous les distributeurs qui sont contractuellement soumis, *via* un engagement d'exclusivité, à leurs partenaires, concédants notamment.

Les distributeurs dépendants et dominés sont, ensuite, protégés contre les risques de déséquilibre contractuels excessifs. D'une part, contre le déséquilibre excessif des prestations contractuelles, *via* l'article L. 442-6, I, 1° aux termes duquel, « *Engage la responsabilité de son auteur (...) le fait par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoires des métiers, le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage commercial ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* ». Autrement dit, Ce texte, dont l'objectif était « *de lutter contre l'abus de dépendance et la disproportion des prestations réciproques* »⁷⁵, assure la protection des professionnels

⁷⁰ Cass. com., 29 juin 2010 : D. 2011, note Th. Génicon et D. Mazeaud.

⁷¹ Via notamment la loi du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles réglementations économiques et la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie.

⁷² Mais pas exclusivement, car la lettre des textes dont il s'agit conduit à leur accorder un très large champ d'application *ratione personae*.

⁷³ Protection dont on trouve la quintessence dans l'article L. 442-6 du Code de commerce, lequel est inséré dans le chapitre relatif aux pratiques restrictives de concurrence.

⁷⁴ Art. 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989, précitée.

⁷⁵ C. Lucas de Leyssac, G. Parleani, *Droit du marché*, PUF, 2002, sp. p. 936.

dépendants et dominés contre l'absence de cause, comme en droit commun, et, contrairement à celui-ci, contre la lésion qualifiée. D'autre part, ces professionnels sont aussi protégés contre le déséquilibre des stipulations contractuelles, grâce à l'article L.442-6, I, 2°, en vertu duquel « *Engage la responsabilité de son auteur (...) le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties* ». Avec ce texte, issu de la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie, le législateur a donc mis en place un système autonome de protection des professionnels contre les clauses abusives, et il a, dans cette perspective, importé l'esprit et la lettre du droit de la protection des faibles (le droit de la consommation) dans le droit de la concurrence.

Enfin, le législateur protège les distributeurs, notamment, contre le risque de rupture brutale qui constitue « *le risque économique principal des entreprises dépendantes* »⁷⁶. La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques énonce dans une de ses dispositions, devenue l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce, qu'engage la responsabilité de son auteur « *le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale antérieure et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* »⁷⁷. Ce contrôle de la rupture des relations commerciales établies a été mis en place pour réagir contre les abus de puissance d'achat imputables aux centrales d'achat des grands groupes de distribution qui, grâce à l'arme du déréférencement, placent dans une situation de dépendance leurs cocontractants et pèsent d'un poids excessif sur leur avenir économique. L'objectif de ce texte ne consiste pas à conférer au fournisseur ou au distributeur, dominé et dépendant, un droit à la pérennité du contrat, mais simplement d'éviter « *les abus résultant de l'absence de prise en compte par l'auteur de la rupture de la durée des relations ou, le cas échéant, de leur nature spécifique qui implique une dépendance particulière* »⁷⁸.

21. Sans qu'il soit ici question de prétendre que le législateur ait succombé aux délices du solidarisme contractuel, il nous semble néanmoins que cet ensemble législatif s'inscrit parfaitement dans l'esprit et le cadre des idées et des valeurs défendues par les auteurs qui professent que le solidarisme contractuel n'est pas un poison mortel pour notre droit des contrats, mais qu'il constitue une doctrine susceptible d'appréhender des relations contractuelles dont la spécificité (durée, dépendance, intérêt commun) les rend difficilement solubles dans le droit commun des contrats.

Pas question donc ici de revendiquer un bilan que d'autres nous contestent en brandissant les dispositions législatives susvisées, car il est plus que probable que le législateur ignore jusqu'à l'existence même du solidarisme contractuel. Simplement, ces différentes règles légales révèlent que l'esprit solidariste souffle déjà sur certains types de relations contractuelles spécifiques, sans qu'il en résulte une onde de choc fatale pour notre droit commun des contrats. C'est dans ce même esprit qu'il convient de réfléchir aux nouveaux champs contractuels qui pourraient, à l'avenir, être investis par cette pensée.

⁷⁶ C. Lucas de Leyssac et G. Parléani,, *op. cit.*, sp, p.944.

⁷⁷ Sur ce texte, v., entr'autres, J. Beauchard, « Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *Petites Affiches*, 5 janv. 1998, 14 ; M.-E. Pancrazi, « La moralisation des pratiques commerciales », *Droit & Patrimoine*, déc.2001, p. 65et S., sp. p.67 et s. ; M. Pédamon, « Nouvelles règles relatives à la rupture des relations commerciales établies », *Bull. Actu. Lamy droit économique*, déc.2001, n°146, p.2 et s.

⁷⁸ *Ibid.*, p.946.

b) De lege ferenda...

22. Pour, en quelque sorte, envisager l'avenir du solidarisme contractuel en dehors des relations contractuelles spécifiques dans lequel il est déjà déployé *via* l'ordre public concurrentiel⁷⁹, sans se perdre dans d'improbables prédictions, on prendra appui sur les différents projets de réforme du droit français des contrats⁸⁰ qui constituent un terrain d'exploration fiable.

Objectivement, la lecture des trois textes ne laisse pas entrevoir un avenir radieux pour le solidarisme contractuel, en dehors de sa sphère naturelle entrevue ci-dessus. Tout au plus, peut-on relever deci delà quelques traces des propositions émises par les auteurs solidaristes depuis une quinzaine d'années.

23. En premier lieu, certains de ces projets font une certaine place à l'obligation de motivation, appréhendée comme un « *instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* »⁸¹, dont les auteurs solidaristes ont souvent prôné l'intégration dans la détermination du régime des contrats de longue durée, de dépendance et d'intérêt commun, que ce soit en qui concerne la détection du prix abusif ou les modalités de la rupture. Ainsi, Thierry Revet⁸², un des rares auteurs à avoir épousé les thèses solidaristes ces dernières années, avait, en matière d'identification de l'abus dans la fixation unilatérale du prix, plaidé pour un contrôle judiciaire de la motivation et pour l'érection d'une obligation de motivation, à la charge du « maître » du prix. Mais, on sait qu'au rebours d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris⁸³, pour laquelle ce pouvoir unilatéral devait, au nom de la solidarité contractuelle, être canalisée par une obligation de motivation faute de dégénérer en abus, la Cour de cassation a refusé, au nom de la liberté contractuelle et de la liberté de la concurrence, d'imposer une telle obligation de motivation⁸⁴.

Dans ce domaine spécifique, certains avant-projets de réforme semblent sensibles à l'opportunité d'ériger l'obligation de motivation, comme instrument de contrôle du pouvoir de fixation unilatérale du prix contractuel. Dans l'Avant-projet « Catala », il est ainsi prévu que si le débiteur du prix unilatéralement fixé considère que ce prix n'est pas conforme à celui habituellement pratiqué sur le marché, il peut en contester le montant en demandant au créancier de justifier le prix qu'il a fixé. Et si, le créancier ne peut pas donner de motifs légitimes pour justifier le montant du prix qu'il a fixé seul, le débiteur pourra alors se libérer de son obligation en consignand le prix habituellement pratiqué. Ainsi, le « maître du prix » est donc tenu d'une obligation de motivation qui canalise l'exercice de son pouvoir et tempère les risques de prix abusif. De même, dans le « Projet gouvernemental » une obligation de motivation en cas de contestation du prix unilatéralement fixé est imposée à la charge du maître du prix.

24. C'est, en second lieu, en matière d'appréhension de la question de l'imprévision que les auteurs solidaristes peuvent trouver une autre trace de leurs idées dans ces trois projets de réforme, étant entendu qu'ils ont toujours plaidé, au nom de

⁷⁹ V. *supra*, n°20.

⁸⁰ A savoir l'Avant-projet « Catala » (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006), l'Avant-projet gouvernemental (Sur lequel, v., entre autres, *RDC* 2009/1) et l'Avant-projet Terré (sur lequel, v. *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009).

⁸¹ Th. Revet, eod. loc., sp. p.579.

⁸² « Les apports aux relations de dépendance », in *La détermination du prix, nouveaux enjeux*, Dalloz, 1997, p. 37 et s., sp. n°17.

⁸³ Paris, 24 oct. 2000, préc.

⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, préc.

l'exigence de solidarité qui s'impose en cas de crise contractuelle, pour la révision judiciaire du contrat fondé sur le devoir de bonne foi.

On relèvera, d'une part, que, dans tous les projets, le devoir de renégocier en cas de changement de circonstances provoquant un bouleversement des prévisions contractuelles initiales, que la Cour de cassation avait édicté dans des arrêts rendus en 1992 et 1998⁸⁵, a été consacré quasiment à l'identique.

Mieux encore, en tous cas à l'aune du solidarisme contractuel, les avant-projets « Gouvernemental » et « Terré » admettent exceptionnellement soit la résiliation, soit même la révision judiciaire pour imprévision. L'avancée est de taille car, comme chacun le sait, depuis le dernier quart du dix-neuvième siècle⁸⁶, le juge judiciaire ne peut pas réviser un contrat en dépit du profond bouleversement que son économie interne a subi en cours d'exécution à la suite d'un changement imprévu des circonstances qui avaient présidé à sa conclusion. Les raisons sur lesquelles repose cette jurisprudence sont connues : d'une part, la révision judiciaire pour imprévision serait fatalement, en raison de l'ingérence du juge dans le contrat, cause d'instabilité économique et d'insécurité contractuelle ; d'autre part, puisque les contractants sont « *des individus libres et responsables, capables de prévoyance (...)* L'absence de révision judiciaire est préférable, en ce qu'elle est une puissante incitation à l'adoption par les parties de clauses qui apportent une réponse sur mesure aux difficultés nées de l'instabilité économique ou monétaire »⁸⁷. En somme, la liberté contractuelle est, *via* des clauses d'adaptation ou de révision, le remède le plus légitime et le mieux approprié pour gérer le risque d'imprévision.

25. Connus, les motifs retenus pour rejeter la révision judiciaire pour imprévision ne sont pourtant pas imparables. D'une part, les risques traditionnellement invoqués pour écarter l'ingérence du juge dans le contrat en cas de changement de circonstances relève, comme l'examen du droit comparé en témoigne, d'une véritable inhibition culturelle des juristes français, qui trahit une défiance congénitale à l'égard du pouvoir judiciaire en matière contractuelle. D'autre part, c'est manifestement surestimer la rationalité des contractants que de penser que, parce qu'ils sont des individus libres et responsables, ils sont nécessairement capables, au jour de la conclusion de leur contrat, d'anticiper et de gérer le risque de changement de circonstances *via* des clauses appropriées. Quant à l'argument selon lequel le refus de la révision judiciaire pour imprévision conduit à stimuler la liberté contractuelle, il est réversible. On peut, en effet, tout aussi bien soutenir que l'admission de la révision judiciaire pour imprévision emporterait une puissante invitation implicitement adressée aux parties, réputées être les meilleurs juges de leurs propres intérêts, de prévoir une révision conventionnelle, afin de rester en toutes circonstances les maîtres exclusifs du destin de leur contrat.

Autant de raisons qui conduisent à approuver l'« Avant-projet Terré » qui admet, comme l'ont toujours proposé les solidaristes, qu'en cas d'échec de la renégociation conventionnelle du contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un changement imprévisible de circonstances, que « *le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties (...)* »⁸⁸.

⁸⁵ Cass. com., 3 novembre 1992 : *RTDciv.*1993, 124, obs. J. Mestre ; 24 novembre 1998 : *Defrénois*,1999, 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1999. II.12210, obs. Y. Picod ; *RTDciv.*1999, 98, obs. J. Mestre et 646, obs. P.-Y. Gautier.

⁸⁶ Cass. civ. 6 mars 1876 : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. II, par H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Dalloz, 2000, n°163.

⁸⁷ Y. Lequette, *eod. loc.*, sp. n°26.

⁸⁸ Art. 92, al. 3.