

Réfugee J. Ghestin LADJ  
ZUL p441

② (les origines II)

## Plaidoyer pour le solidarisme contractuel

par Christophe JAMIN

Professeur à l'Université Lille 2

*« Le droit n'est pas innocent, il faut savoir ce que l'on vise. »*

Jacques Ghestin,  
*La Voix du Nord*, 23-24 mai 1982

*Le choix d'un titre.* - Il peut apparaître au premier abord paradoxal d'accorder les termes « solidarisme » et « contractuel », dans la mesure où la doctrine solidariste, telle qu'elle s'est présentée à l'origine, a entendu renverser la problématique volontariste du contrat social pour lui substituer celle de quasi-contrat destinée à placer le fait social avant l'engagement conventionnel. C'est néanmoins à dessein et pour au moins deux raisons que j'ai employé l'expression. Il m'apparaît d'abord nécessaire de contribuer à rendre hommage à une philosophie largement conspuée durant de nombreuses années<sup>1</sup>, mais dont on redécouvre aujourd'hui l'influence décisive, bien qu'assez largement masquée ou niée, sur l'évolution de la pensée politique et juridique contemporaine<sup>2</sup>. Il ne faudrait pas néanmoins limiter son apport à divers aspects, fussent-ils essentiels, du droit

<sup>1</sup> Voir dans sa version marxiste, N. et A.-J. ARNAUD, « Une doctrine de l'État tranquillisante : le solidarisme juridique », *Arch. philo. droit*, 1976, t. 21, p. 151, qui qualifient le solidarisme de « doctrine de faussaire », et d'un point de vue libéral, G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, coll. Politique, 1979, p. 169, qui parle à son propos d'« indigence intellectuelle ». - *Adde*, N. OLSZAK, « L'utilisation politique du droit des obligations dans la pensée de la Belle Époque », *Rev. recb. jur.*, 1995, p. 31 et s., spéc. I.

<sup>2</sup> Voir en particulier, J.-F. NIORT, *Homo civilis. Repères pour une histoire politique du Code civil*, th. Paris I, dactyl., 1995, spéc. p. 392 et s. - J. DONZELLOT, *L'invention du droit*, Seuil, coll. Points Essais, 1994, spéc. p. 103 et s. - F. EWALD, *L'État-providence*, Grasset, 1985, p. 358 et s. - L. MOREAU DE BELLAING, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », dans *La solidarité : un sentiment républicain?* PUF, 1992, p. 85 et s. - *Adde*, G. NICOLLET, *L'idée républicaine en France*, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 1992, spéc. p. 374 : « le solidarisme a profondément marqué – jusqu'à aujourd'hui même – le réformisme français, y compris celui qu'a adopté sans l'avouer le socialisme ».

public<sup>4</sup>, du droit de la responsabilité civile<sup>5</sup> ou du droit du travail<sup>6</sup>. Le solidarisme a aussi exercé, même semble-t-il, une influence importante bien que diffuse sur le droit privé des contrats, ce qui justifie à mon sens le choix de l'expression « solidarisme contractuel ». C'est d'ailleurs en mesurant la profonde imprégnation des idées de Léon Bourgeois<sup>6</sup> sur l'œuvre magistrale de René Demogue, qui n'hésitait pas à écrire dès 1907 que « le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine »<sup>7</sup>, mais aussi en songeant à ce qui avait peut-être été la fortune contemporaine des idées de ce dernier sur notre perception de la bonne foi dans l'exécution du contrat, que j'avais employé à dessiner le mot « solidarisme » pour tenter de caractériser certains développements actuels et spectaculaires du droit des contrats propres à favoriser la coopération entre les parties<sup>8</sup>, alors que d'autres auteurs recourent à ceux de fraternité ou de solidarité pour traduire cette même évolution du droit positif<sup>9</sup>. Ce mot a depuis lors été repris et son usage parfois critiqué, mais dans un sens qui ne me semble pas toujours lui faire justice, parce qu'il est à la fois confondu avec le terme plus ambigu de « fraternité » et assimilé à une vision idyllique ou sentimentale, et donc irréaliste, de la nature humaine et des rapports contractuels<sup>10</sup>. C'est donc aussi en réaction contre cette présentation que je crois à la fois inexacte

et négative de l'influence des idées solidaristes sur le droit des contrats que j'ai retenu l'expression « solidarisme contractuel ».

Pour comprendre ce qu'elle recouvre, il me semble d'abord qu'il faille revenir aux origines de la doctrine solidariste. Celles-ci correspondent à des circonstances historiques précises : le solidarisme naît à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle à un moment où la conception individualiste du droit et de la politique paraît mener à une impasse. Afin de ne pas s'y laisser enfermer, ceux qui en défendent la philosophie procèdent à l'invention du social (I). Même si leurs idées ont influencé une fraction de la doctrine et de la jurisprudence, elles n'ont cependant pas permis de rompre avec une vision individualiste du droit des contrats. Celle-ci est encore partagée par de nombreux auteurs qui préfèrent toujours la vieille idée de coexistence ou d'harmonie des libertés à celle de solidarité. Bien plus, le regain de faveur que connaît aujourd'hui la liberté contractuelle devrait permettre à cette conception libérale du contrat de l'emporter si toutefois, à un siècle de distance, des impasses de même nature n'étaient pas perceptibles, celles-ci devant peut-être nous engager à solliciter un retour du social (II).

## I. L'INVENTION DU SOCIAL

3. Voir M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 170, 1993, spéc. p. 379 et s.

4. Voir F. EWALD, *op. cit.*

5. Voir par ex., G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 1995, spéc. n° 222, p. 183. - A. SURIOR, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Les voies du droit, 1994, p. 130. - Addé, sur l'influence de la doctrine solidariste sur l'un des précurseurs du droit du travail, D. BAYON et L. FRIBERT, « Paul Pic (1862-1944) et les "lois ouvrières" », *Rev. d'hist. des fac. de droit et de la sc. jur.* 1997, n° 18, p. 69 et s., spéc. I.

6. Voir en particulier, L. BOURGEOS, *Solidarité*, Armand Colin, 1896 (réédition en 1998 aux éditions universitaires du Septentrion de la 5<sup>e</sup> édition de l'ouvrage parue en 1906, avec une introduction de M. Eloy intitulée « Relire Léon Bourgeois »).

7. « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *Rev. trim. dr. civ.* 1907, p. 246. 8. « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Droit & Patrimoine*, n° 58, mars 1998, p. 46 et s. - Addé, « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz et éd. Juris-classeur, 1999, spéc. p. 135 et s.

9. Voir plus spécialement, D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, sp. cit., sp. p. 617 et s. - C. GUELFFUCH-THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. ar. civ.*, 1997, p. 357 et s., spéc. n° 31. - Th. REVEL, « L'éthique des contrats en droit intérieur », dans *Éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, 4 et 5 juillet 1996, Univ. Aix-en-Provence, 1997, p. 207 et s. - Y. PICON, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », dans *Le Juge et l'exécution du contrat*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PU Aix-Marseille, 1993, p. 57 et s.

10. Voir par ex., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 7<sup>e</sup> éd., 1999, n° 40, p. 40 - Addé, M.-A. FRISON-ROCHE, « Volonté et obligation », *Arch. philo. droit*, 2000, t. 44, p. 137, n° 37.

*Du sensualisme au spiritualisme*. - Ne revenons qu'à gros traits sur l'histoire du droit français des contrats au XIX<sup>e</sup> siècle. Celui-ci ne commence nullement sous le sceau du libéralisme. L'époque est à un sensualisme qui ne prône guère une vision optimiste de la nature humaine<sup>11</sup>. Il suffit de lire cet influent commentateur du code civil que fut Toullier au début du siècle pour s'apercevoir que son catholicisme affiché ne l'empêche pas d'être imprégné de cette philosophie : il n'est question au début de son traité que d'individus corrupteurs et corrompus qui cèdent plus souvent à leurs passions qu'ils n'obéissent à la raison, au point qu'il faille attendre de la loi civile qu'elle vienne enchaîner ces « animaux féroces »<sup>12</sup>. C'est d'ailleurs cette seule loi civile qui fonde dans son esprit la force obligatoire du contrat : « les conventions elles-mêmes n'obligent qu'en vertu de la loi qui commande de tenir la parole qu'on a donnée »<sup>13</sup>.

11. Voir à propos des codificateurs, X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française*, *Du Siècle des Lumières au Code Napoléon*, D.M.M., 1994, spéc. p. 252 et s. C.B.M. TOULLIER, *op. cit.*, t. 11, 3<sup>e</sup> éd., 1824, n° 3, p. 3, où l'auteur met l'accent sur le rôle de la volonté humaine. - V. pour une présentation générale, G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », dans D. TAUSS et D. HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27 et s., spéc. II-A.

à plus d'un siècle et demi de distance au moyen d'autun ut consuetudine que « les contractants se voient hissés à la dignité de législateurs » par l'article 1134 du code civil<sup>14</sup>. Pourtant ce spiritualisme est déjà à l'œuvre durant les années vingt pour débarrasser la jeunesse française des oripeaux d'un matérialisme prétextement stérilisant et la faire entrer de plain-pied dans l'ère du libéralisme<sup>15</sup>. Celui-ci s'impose peu à peu dans l'ordre du droit, au point de finir par y faire triompher ce que l'on a par la suite nommé le dogme de l'autonomie de la volonté. Serviteur fidèle d'un système d'économie libérale qui l'emporte dans la société française durant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, celui-ci repose au moins sur deux postulats qui demeurent fondamentaux. Il suppose en premier lieu que le contrat s'affranchisse d'un formalisme trop matérialiste pour laisser place à la volonté nue. C'est ce qu'exprime le doyen Ripert dès les premières lignes qu'il consacre à l'autonomie de la volonté dans une formule riche de sens : « pour en arriver à cette conception de la volonté souveraine... il a fallu que... la philosophie spiritualisât le droit pour dégager la volonté pure des formes matérielles par lesquelles elle se donnait »<sup>16</sup>. Il implique en second lieu que l'individu soit perçu comme le meilleur défenseur de ses propres intérêts lorsqu'il exprime sa volonté<sup>17</sup>. C'est en effet pour lui le seul moyen d'aliéner utilement sa liberté au moment où il contracte, car il y trouve toujours son intérêt. C'est aussi le moyen de ne pas sacrifier un souci traditionnel de justice commutative en lui permettant d'en être le seul et meilleur juge.

*Du spiritualisme au solidarisme.* — Le spiritualisme dominant chez les juristes, dont le dogme de l'autonomie de la volonté est l'une des meilleures expressions, finit cependant par être contesté durant le dernier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle sous l'influence de plusieurs facteurs étroitement conjugués. L'accroissement du paupérisme urbain et la multiplication des désordres sociaux consécutifs au prodigieux développement du machinisme et de l'industrie font découvrir la misère ouvrière à quelques civilistes qui voient vaciller la catégorie trop abstraite formée des seuls individus. Il faut un droit pour les « classes ouvrières »<sup>18</sup>. Celui-ci n'est cependant rendu possible

à plus d'un objectif, les sociologues font en particulier prendre conscience aux juristes que la société constitue une catégorie qui transcende celle des individus dont la liberté est nécessairement aliénée en raison de l'étroitesse des liens qui les y unissent. La découverte du social et de la division du travail par certains civilistes les amène alors à critiquer de manière virulente l'individualisme excessif de leurs prédécesseurs, ainsi que leur goût pour les constructions trop abstraites : l'individu désincarné et isolé n'est plus défendable. À la charnière des deux siècles, un monde sépare ainsi l'influent Saleilles, qui n'hésite pas à dire en 1904 que « ce que nous appelons le droit, c'est l'ensemble des lois qui gouvernent l'organisme d'une collectivité », avant de conclure qu'« à ces essais individualistes et archaïques d'une justice d'équité, nous voulons substituer les bases objectives scientifiques et sociologiques de la justice sociale »<sup>19</sup>, d'un Acollas qui écrivait en 1885 que « la formule du Droit est celle-ci : Respecte la liberté des autres »<sup>20</sup>.

C'est néanmoins un facteur politique qui donne une impulsion décisive à cette profonde mutation du discours juridique. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la République n'est plus guère remise en cause, mais ses fondements doctrinaux apparaissent à bout de souffle depuis la chute du gouvernement de Jules Ferry. Le mouvement socialiste se montre en outre plus virulent et il inquiète la bourgeoisie. Il est donc urgent de régénérer le pacte républicain en restaurant l'harmonie sociale autrement que par un individualisme et un libéralisme qui n'ont pas tenu leurs promesses<sup>21</sup>. Ce sera la tâche accomplie par la doctrine solidariste à laquelle beaucoup se rallient, au point que celle-ci devient assez vite la philosophie officielle de la III<sup>e</sup> République<sup>22</sup>. Le solidarisme, qui est la source intellectuelle à laquelle puisent les radicaux, a pour avantage politique de se situer à mi-chemin du socialisme et du libéralisme : il octroie aux socialistes quelques réformes importantes en faveur des plus démunis sans heurter de front les libéraux qui ne souhaitent

19. Voir L. MUCCHIETTI, *La découverte du social, Naissance de la sociologie en France*, La découverte, coll. Textes à l'appui, 1998.

20. « Rapports de la sociologie avec le droit », (conférence faite à l'École des Hautes Études Sociales, reprise par M. Pourié), *Revue internationale de sociologie*, 12<sup>e</sup> année, n° 4, avril 1904, p. 230.

21. *Introduction à l'étude du droit*, Chevalier-Marcetq, 1885, p. 2. — Voir dans le même sens, Ch. BRADANT, *Le droit individual et l'Etat*, Arthur Rousseau, 1891, n° 2, p. 7, qui soutient que le droit vise tout entier à préserver l'harmonie des libertés.

22. Voir P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable*, Gallimard, coll. NRF, 1998, spéc. p. 105 et s.

23. Voir par ex., J. E. S. HAYWARD, « The Official Social Philosophy of the Third Republic : Léon Bourgeois and Solidarism », *International Review of Social History*, vol. VI, 1961, Part 1, p. 19 et s.

14. *Problèmes de base de la philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 359.

15. Voir par ex., I.-J. GOSLOT, *La jeune France libérale, Le Globe et son groupe littéraire, 1824-1830*, Pion, 1995. — Addé, A. BORGÉ, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'un individualisme libéral », *Reu. trim. dr. civ.*, 2000, p. 1 et s.

16. *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1949, n° 22, p. 38 (c'est moi qui souligne).

17. Voir dans ce sens, M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Donnat Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 1949, § 94, p. 176.

18. Voir par ex., A. TISSIER, « Le Code civil et les classes ouvrières », dans *Le Code civil - 1804-1904 - Livre du centenaire*, publié par la Société d'études législatives, 1904, p. 73 et s.

rapport des parties au tout<sup>26</sup>. Elle donne par exemple un fondement théorique à l'instauration de l'impôt progressif sur le revenu dont on sait qu'il est un héritage du solidarisme<sup>27</sup>. Il faut en effet que chacun paie sa dette à l'égard de la société dans une mesure susceptible de varier d'un individu à un autre, à charge pour l'État d'en répartir le bénéfice de la façon la plus profitable à l'ensemble de la collectivité. Cette même philosophie autorise en outre une profonde réforme du droit de la responsabilité civile qui ne peut plus être seulement fondé sur un rapport d'obligation entre deux individus. La théorie du risque est rendue possible : il suffit que mon action soit à l'origine d'un dommage pour en être le responsable du seul « point de vue social »<sup>28</sup>. Nous tenons avec ce raisonnement les origines de la fameuse loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, qui postule une plus grande solidarité des employeurs vis-à-vis de leurs ouvriers. Il ne faut cependant pas s'en tenir à ces quelques exemples aujourd'hui fort connus et se tourner plutôt du côté du droit des contrats où le séisme n'est pas moindre.

*La critique solidariste de l'autonomie de la volonté.* – C'est d'abord le dogme de l'autonomie de la volonté qui est susceptible d'être remis en cause<sup>29</sup>. La volonté individuelle ne peut plus être une pure puissance créatrice, pas plus qu'elle n'est en mesure de modeler seule les effets de droit qu'elle engendre. Le principe de la liberté primordiale de l'individu, qui fonde cette conception du contrat, est désormais contesté au nom de la primauté du social. Ainsi que l'exprime très clairement Durkheim en 1893, ce n'est plus la volonté qui fonde la force obligatoire du contrat, mais la réglementation du contrat qui est d'origine sociale<sup>30</sup>. Le renversement est

26. Voir sur ses conséquences politiques au début du siècle, M. LEMERIE, *De la Belle époque à la Grande Guerre. Le livre de poche*, coll. Références, 1999, spéc. p. 72 : « Le développement autonome des mouvements syndical, socialiste, mutualiste, coopératif et solidariste laisse espérer la reconnaissance de fonctions nouvelles assumées par l'État au bénéfice des plus défavorisés. Les républicains de progrès, de Bourgeois à Millestrand, cherchent la voie d'un nouveau contrat social fondé sur la législation » (c'est moi qui souligne).

27. Voir par ex., L. DEUVE, *Étude sur le solidarisme et ses applications économiques*, th. Paris, Larose, 1906, spéc. p. 111 et s.  
28. R. SALEURS, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Arthur Rousseau, 1897, p. 5. – Comp. L. JOSSERAND, « Un ordre juridique nouveau », *DH*, 1937, Chron., spéc. p. 43, qui parle d'un « élargissement de la responsabilité délictuelle, obtenu en grande partie par son objectivation, qui demeure à l'actif de la thèse économique et solidariste ».

29. Voir de manière générale, L. DIXON, « L'évolution de la notion de contrat », dans *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1938, p. 201 et s., spéc. III.

30. De la division du travail social, Félix Alcan, 1893, réédité par les PUF, coll. *Quadrige* (11<sup>e</sup> éd., 1986), p. 193 : « En résumé donc, le contrat ne se suffit pas à soi-même, mais il n'est possible que grâce à une réglementation du contrat qui est d'origine sociale ».

tent pas soumettre la liberté individuelle, à la toute-puissance de l'État. On ne peut cependant réduire le solidarisme à un instrument politique purement stratégique. Il est aussi un corps de doctrine qui entend répondre à la question cruciale du fondement du lien social. Il peut donc être utile d'en exposer brièvement les postulats principaux.

*Abrégé de la doctrine solidariste.* – C'est avant tout à un renversement radical de la philosophie rousseauïste du contrat social, censée avoir gouverné la Révolution française, auquel procède le solidarisme. Celui-ci substitue au mythe fondateur d'un contrat librement conclu entre des individus celui d'une société déjà constituée à laquelle ces derniers s'agrégent. Le fait social l'emporte, mais il n'écrase pas l'individu qui est censé donner implicitement et en quelque sorte rétroactivement son accord à cet agrégation par le biais d'un contrat d'adhésion. C'est dans ce sens qu'il faut entendre l'expression « quasi-contrat » (source de confusion et donc critiquée par certains juristes de l'époque). Cette référence est d'une importance particulière, car elle est en fait destinée à limiter le pouvoir de l'État qui ne pourra jamais franchir les bornes fixées par cet accord implicite. Dans la mesure où l'individu s'agrège à la société, il est en outre le débiteur des autres membres qui la composent, qu'ils soient ses prédecesseurs ou ses contemporains. L'idée de « dette sociale » tirée de la philosophie comtienne est capitale. Léon Bourgeois écrit ainsi que « dans la société de fait où le place sa qualité d'homme, chacun de nous... est nécessairement le débiteur de tous »<sup>24</sup>. Les individus ne connaissent pas néanmoins la mesure exacte de leur dette. Ils s'en remettent à l'État pour la déterminer et procéder à la répartition des droits et des devoirs. C'est une nouvelle fois renverser la logique libérale. Le droit n'est plus un moyen de limiter le pouvoir de l'État en vue de préserver la liberté des individus ; il devient un instrument de gouvernement susceptible de la remettre en cause. Le pouvoir étatique n'est cependant pas sans borne : autre qu'il est fondé sur un quasi-contrat, il n'est légitime que s'il préserve l'harmonie au sein de cette association d'individus semblables, mais inégaux, que constitue la société humaine. C'est dans le rapport entre l'individu et la société, qui ne peuvent exister l'un sans l'autre, que l'idée de justice doit donc chercher sa réalisation « en retrouvant l'échange des services sous l'opposition appartenante des intérêts »<sup>25</sup>.

On perçoit immédiatement l'usage qui peut être fait d'une telle philosophie dont l'apport essentiel est de modifier profondément le

24. Op. cit. (rééd. 1998), p. 43.

25. L. BOTRÉGEOIS, op. cit. (rééd. 1998), p. 34.

comme consécration de la coopération sociale n'a de valeur que dans la mesure où elle correspond à cette coopération<sup>31</sup>. Cette soumission de la liberté individuelle ne signifie pas néanmoins la fin du contrat. Son importance est au contraire ardemment défendue au nom même de la solidarité. Sans le contrat, précise Gounot, « toute division du travail social serait à jamais impossible »<sup>32</sup>. C'est d'ailleurs pour ce motif que le précurseur du solidarisme qu'est certainement Fouillée glorifie le contrat au point de l'identifier à la justice : celui-ci est en effet le seul instrument susceptible à ses yeux de pouvoir réaliser l'équilibre de ces deux principes que sont la liberté et la solidarité<sup>33</sup>.

Voici donc fixée la portée de la critique solidariste de l'autonomie de la volonté. Elle préfigure une nouvelle conception du contrat qui organise de manière différente les liens du privé et du public en soumettant les volontés individuelles au contrôle social. Cette conception a été en son temps critiquée. Ripert prétend que « la morale nous commande de ne pas traiter le contrat comme un fait social... », au moment où il tente, en réponse à un mouvement qu'il ne veut pas inexorable, de renouveler la conception classique du droit des obligations en bannissant la liberté individuelle par une morale chrétienne<sup>40</sup> où la charité l'emporte sur la solidarité<sup>41</sup>. Adoptant une stratégie différente, d'autres juristes libéraux se contentent de cantonner la critique solidariste à certains contrats. Bien qu'il soit un ardent défenseur de l'autonomie de la volonté, Henri Capitant ne conteste pas l'intervention du législateur à propos des contrats d'adhésion que sont le contrat de travail ou le contrat d'assurance, mais il estime que « le point de vue individualiste est nécessairement dominant » s'agissant des autres contrats usuels, parce que chacune des parties tente d'y faire triompher son intérêt personnel<sup>42</sup>. Ces quelques exemples d'actes de résistance montrent déjà que les défenseurs d'une conception libérale du contrat sont contraints d'en renouveler les fondements ou de déplacer les frontières de la liberté. Il faut néanmoins dépasser ce stade encore trop général : en même

<sup>31</sup> De la déclaration de volonté, Pichon, 1901, p. 351.  
<sup>32</sup> Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, th. Dijon, 1912, p. 23.

<sup>33</sup> Th. précitée, p. 25 (pour les deux dernières citations).  
<sup>34</sup> Th. précitée, p. 376.  
<sup>35</sup> Traité des obligations en général, Rousseau & C<sup>e</sup>, t. 1, 1923, n° 10, p. 19.

<sup>36</sup> Op. cit., n° 5, p. 12.  
<sup>37</sup> Op. cit., n° 10, p. 20.  
<sup>38</sup> Th. précitée, p. 353.

<sup>39</sup> A. Fournier, La science sociale contemporaine, Hachette et C<sup>e</sup>, 5<sup>e</sup> éd., 1910, spéc. p. 420.

<sup>40</sup> La Règle morale dans les obligations civiles, ouvr. précité, n° 22, p. 39.

<sup>41</sup> G. Ripert, Les forces créatrices du droit, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1955, p. VII.

<sup>42</sup> « Le caractère social du projet franco-italien de code international des obligations et des contrats », Rev. crit. leg. et jur. 1931, spéc. p. 73-74. - Voir sur l'actualité d'une telle analyse, Ph. Malaurie, « Conclusion », dans Le contrat : questions d'actualité, Les Petites affiches, n° 90, 5 mai 2000, p. 74 et s., spéc. n° 11.

s'affranchit des règles traditionnelles. Saleilles ne souhaite plus qu'il soit procédé à la recherche de l'intention des parties, à rebours de ce que prônaient ses prédecesseurs libéraux<sup>47</sup>. Il propose de « construire... une volonté contractuelle », c'est-à-dire « quelque chose de fictif et d'artificiel, une volonté purement juridique, au lieu d'une volonté réelle »<sup>48</sup>. Et nous l'avons vu : au nom de cet instrument de solidarité qu'est le contrat. Saleilles inaugure ainsi un xx<sup>e</sup> siècle qui ne soumet plus le juge à la volonté des parties quand il interprète leur contrat. Bien plus, il autorise l'émergence d'un droit spécifique aux contrats d'adhésion, qui n'a certes pas été érigé en droit autonome, mais dont on trouve la trace dans le régime directif de nombreux contrats spéciaux que sont par exemple le contrat de travail ou le contrat d'assurance.

Si l'on quitte Saleilles pour Demogue, c'est un autre pan considérable du droit des contrats que le solidarisme bouleverse : celui de la *formation et de l'exécution des contrats de bonne foi* qui prend aujourd'hui une place considérable<sup>49</sup>. Je n'y insisterai pas tant la formule est connue. Demogue déplore que les civilistes aient cantonné l'article 1134, alinéa 3, du code civil, qui dispose que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi », à une condamnation de la distinction romaine entre les contrats de bonne foi et les contrats de droit strict<sup>50</sup>. Il propose d'en rénover l'interprétation pour en faire le siège d'un véritable devoir de coopération entre les contractants, parce que ceux-ci « forment une sorte de microcosme », c'est-à-dire « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun »<sup>51</sup>. Autrement dit, le contrat est à l'image de la société dans son entier : il doit être gouverné de la même façon par un principe de solidarité. C'est peut-être dans cette formule qu'il faut d'ailleurs voir le siège de l'*obligation d'information*. Michel de Juglart commence en 1945 un article précurseur sur l'obligation de renseignements dans les contrats par une phrase dont l'inspiration est dénuée d'ambiguïté : « L'obligation pour l'homme de renseigner ses semblables dans certaines circonstances, dite obligation de renseignements, ... constitue l'une des manifestations de cet esprit de solidarité qui caractérise notre époque, par réaction contre l'individu-

temps qu'il a directement contribué à remettre en cause le dogme de l'autonomie de la volonté, le solidarisme a permis de façomer certains concepts techniques du droit contemporain des contrats.

*Le renouveau solidariste de la technique contractuelle.* – On lui doit certainement les premières réflexions sur le *contrat d'adhésion* sous la plume militante de Saleilles. N'oublions pas que celui-ci en traite après avoir écrit quelques lignes auparavant que le contrat « n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques », ce qui implique qu'il soit interprété et appliqué « d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part »<sup>43</sup>. Parce qu'il exprime « la prédominance exclusive d'une seule volonté », le contrat d'adhésion n'est pas un procédé de même nature; il ne peut donc pas être un contrat pour l'auteur qui soutient que « l'interprétation, dans ce cas, devrait s'en faire comme celle d'une loi proprement dite, en tenant compte... de ce que ces chartes générales doivent être dans l'intérêt de la collectivité auxquelles elles s'adressent »<sup>44</sup>. Ces réflexions sont riches de sens : un contrat d'adhésion n'est pas un contrat, car il n'est pas une œuvre de solidarité contractuelle, et il doit être interprété pour cette raison en fonction des intérêts de la collectivité. Autrement dit, le contrat d'adhésion devient un fait social à part entière. On comprend dès lors que la Cour de cassation, après avoir parlé d'*'acceptation du billet'* par le voyageur, faisant ainsi référence au contrat d'adhésion, se soit affranchie en 1911 des règles traditionnelles de l'interprétation conventionnelle pour affirmer « que l'exécution du contrat de transport comporte... pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination »<sup>45</sup>. L'arrêt est sous-tendu par une même logique qu'en matière d'indemnisation des accidents du travail : c'est toujours celui qui agit et non sa victime qui doit supporter les suites de l'accident. Le fait que Saleilles mette sur le même plan l'engagement de l'ouvrier dans l'usine et l'adhésion du voyageur aux conditions du transporteur n'est d'ailleurs pas indifférent<sup>46</sup>. L'interprétation des contrats d'adhésion autorise donc l'admission d'obligations nouvelles que n'ont pas voulu les parties, au premier rang desquelles on compte l'obligation contractuelle de sécurité. C'est néanmoins l'*interprétation de l'ensemble des contrats* qui

47. Voir par ex., Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, A. Durand et L. Hachette & C<sup>e</sup>, t. 1, 1868, n° 393, p. 371.

48. *De la déclaration de volonté*, op. cit., p. 229 (c'est moi qui souligne).

49. Voir pour une synthèse, Y. Picop, *Juris-classeur civil*, v<sup>o</sup> art. 1134-1135, *Contrats et obligations*, fasc. 11 (1989).

50. Voir néanmoins, F. GRIN, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, A. Chevalier-Marcseq & C<sup>e</sup>, 1899, spéc. n° 172, p. 531-32, qui, s'inspirant directement des auteurs allemands, proposait avant lui d'adopter les contours de la doctrine de l'autonomie de la volonté, qu'il défendait par ailleurs, en reconnaissant « ouvertement cette influence de la bonne foi ».

51. *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, t. 6, 1932, n° 3, p. 9.

43. *De la déclaration de volonté*, ouvr. précité, p. 229.

44. Op. cit., p. 229-230 (pour les deux dernières citations).

45. Cass. civ., 21 novembre 1911, DP, 1913, 1, p. 249; note L. SARRUT; S. 1912, 1, p. 73, note Ch. LYON-CAEN.

46. *De la déclaration de volonté*, op. cit., p. 230.

dualisme excessif du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>52</sup>. Il n'est guère niable que l'émergence de l'obligation de renseignements soit le fruit de la nouvelle philosophie, même si la mesure des informations que doivent se livrer les parties reste difficile à fixer<sup>53</sup>. L'existence de cette obligation en effet inconcevable pour des juristes spiritualistes et libéraux qui refusent de placer l'individu *en situation tout en admettant qu'il est le meilleur défenseur de ses intérêts*<sup>54</sup>. Elle est en outre impossible à imposer dès lors que ces mêmes juristes refusent de faire du droit un instrument de gouvernement.

Un autre concept fondamental du droit des contrats a encore été profondément bouleversé par le solidarisme : c'est celui de la *représentation au sein des groupements*<sup>55</sup>. Ceux-ci ne sont encore à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qu'une « forte concentration de droits individuels »<sup>56</sup>, susceptibles de partager un intérêt commun. Ils deviennent quelques années plus tard des êtres collectifs<sup>57</sup> qui ne résultent plus de la seule addition des intérêts individuels. Citons une fois encore le prolifique Saleilles qui écrit en 1910 qu'« il faut donc reconnaître aux individualités ainsi groupées une personnalité collective différente, ou tout au moins distincte, de leurs personnalités individuelles »<sup>58</sup>. Les groupements disparaissent désormais d'un intérêt propre censé dépasser celui de leurs membres<sup>59</sup>. Ceux qui les représentent ne gèrent donc plus des conflits d'intérêts entre des droits individuels de même nature : ils ont pour mission de faire prévaloir l'intérêt général sur des intérêts particuliers. La profonde mutation dans la perception de la liberté que réalise le solidarisme permet encore de voir émerger *une conception nouvelle de l'abus des droits* qui trouve l'une de ses meilleures expressions en matière contractuelle<sup>60</sup>. La notion n'est certes pas inconnue des libéraux.

On sait néanmoins que le juge judiciaire n'a pas admis la théorie de l'imprévision et que les analyses de Josserand ont connu des fortunes diverses<sup>61</sup>. Il n'en demeure pas moins vrai qu'elles ont imprégné et continuent d'imprégner les discussions juridiques qui ne peuvent faire l'économie d'un débat sur la fonction sociale des droits subjectifs, pas plus qu'elles ne peuvent nier les idées de sanction du congédierment injustifié d'un employé<sup>62</sup>.

52. L'obligation de renseignements dans les contrats, *Revue trimestrielle de droit privé*, 1945, p. 1. Comp. L. AMIEL-COSSE, *Les réseaux de distribution*, LGDJ. (c'est moi qui souligne). - Voir dans sa version utilitariste, B. RUNDEN, « Le juste et l'inéfisace pour un non-devoir de renseignement », *Revue trimestrielle de droit privé*, 1985, p. 91 et s.

53. Voir spécialement, E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits, Revue française de théorie juridique, Histoire et théories, Arthur Rousseau, 1910*, p. 508.

54. Voir plus particulièrement, J. PAULUSSEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation*, 1927, p. 250.

55. Voir dans ce sens, L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, t. 1, 1906, p. 143.

56. De la personnalité juridique, *Histoire et théories, Arthur Rousseau, 1910*, p. 508.

57. Voir dans ce sens, L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, t. 1, 1906, p. 143.

58. Sur la relativité des droits, art. précité, p. 145.

raux. Elle constitue pour eux l'expression d'une règle morale : l'exercice d'un droit subjectif dans le seul but de nuire à un tiers ou à son cocontractant ne saurait être défendu. Elle prend néanmoins une toute autre ampleur sous l'influence des idées de solidarité. La liberté individuelle n'est plus une valeur en soi. Elle n'a de sens que si elle se concilie avec les exigences sociales. C'est cette idée que met en avant Duguit quand il soutient que la liberté n'est plus un droit, mais une fonction, en ce sens qu'elle ne doit pas heurter les exigences de la solidarité sociale<sup>63</sup>. Josserand ne dit pas autre chose lorsqu'il forge sa théorie de l'abus des droits : ceux-ci ne sont plus absolu ou discrétionnaires, mais relatifs. Relisons-le : « produits sociaux et valeurs sociales, les droits puissent leur origine dans la communauté à laquelle ils empruntent et leur esprit et leur finalité; c'est par elle et c'est pour elle qu'ils existent, et, même lorsqu'ils semblent orientés vers une fin individuelle, c'est encore à la satisfaction des intérêts sociaux qu'ils sont voués en réalité, la communauté faisant alors servir à ses besoins les égoïsmes particuliers... »<sup>64</sup>. Les droits ne sont donc plus de pures abstractions, mais des « valeurs sociales » qui « ne doivent être exercés que pour des motifs légitimes »<sup>65</sup>. Il s'ensuit que, dans l'exercice des droits d'origine conventionnelle, « chacune des parties doit conformer sa conduite à l'idéal commun; elle doit respecter et assurer l'équilibre contractuel »<sup>66</sup>. Viollement pris à parti par Ripert qui, refusant de se contenter « d'une vague formule de sociologie », lui répond que « le juriste sait bien que la prétendue défense de l'intérêt social peut n'être qu'un prétexte pour la tyrannie arbitraire »<sup>67</sup>, l'auteur persiste à voir dans son analyse le fondement de l'admission de la théorie de l'imprévision, ou encore la justification de l'octroi d'un délai de grâce et de la sanction du congédierment injustifié d'un employé<sup>68</sup>.

On sait néanmoins que le juge judiciaire n'a pas admis la théorie de l'imprévision et que les analyses de Josserand ont connu des fortunes diverses<sup>69</sup>. Il n'en demeure pas moins vrai qu'elles ont imprégné et continuent d'imprégner les discussions juridiques qui ne peuvent faire l'économie d'un débat sur la fonction sociale des droits subjectifs, pas plus qu'elles ne peuvent nier les idées de sanction du congédierment injustifié d'un employé<sup>70</sup>.

61. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Félix Alcan, 1920, spéc. p. 44.

62. Sur la relativité des droits, *Revue internationale de la théorie du droit*, année II, 1927-1928, p. 143-144. - Add. L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Arthur Rousseau, 1905. - L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927.

63. Sur la relativité des droits, art. précité, p. 145.

64. Art. précité, p. 152.

65. « Abus ou relativité des droits », *Revue critique de droit et de jurisprudence*, 1929, p. 44, n° 12 (pour les deux dernières citations). - Voir en réplique, L. JOSSERAND, « À propos de la relativité des droits », *Ibid.*, p. 277 et s.

66. Sur la relativité des droits, art. précité, p. 152-153.

67. Voir dans ce sens, L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, t. 1, 1906, p. 143.

68. De la personnalité juridique, *Histoire et théories, Arthur Rousseau, 1910*, p. 508.

69. Voir plus particulièrement, J. PAULUSSEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation*, 1927, p. 250.

70. Voir dans ce sens, L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, t. 1, 1906, p. 143.

où il s'interroge sur l'opportunité de ranger la liberté contractuelle dans la catégorie naissante des droits fondamentaux, un auteur s'appuie aujourd'hui sur la philosophie du contrat social et sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour soutenir qu'« il y a une contradiction essentielle à tenir » cette déclaration « pour l'acte fondateur de notre ordre juridique, et, dans le même temps, à ne pas admettre ce qu'elle postule, à savoir que cet ordre repose tout entier sur l'autonomie de la volonté de ses contractants, sur leur liberté fondamentale de s'engager dans ce contrat fondateur et dans tous les autres, qui ne leurs sont que subséquents, sans lesquels cet ordre global serait censé ne pas exister »<sup>72</sup>.

Ce plaidoyer rousseauiste nous renvoie en apparence au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Il est vrai que les interventions multiples qui ont eu lieu au nom d'une philosophie de la solidarité ont fini par lasser et peut-être confirmer le mot cruel du polémiste Daniel Halévy : « la limite du solidarisme, c'est le moment précis où l'individu étouffe »<sup>73</sup>. Bien plus, certains auteurs soutiennent aujourd'hui que cette philosophie défait le lien social bien plus qu'elle ne contribue à le façonnez. C'est ce qu'on l'ont ressent, par exemple, à propos des multiples débats sur l'évolution de la responsabilité civile. L'admission de la responsabilité sans faute depuis le début du siècle inciterait plus certainement les justiciables « à se couvrir qu'à agir de manière responsable »<sup>74</sup>. Elle aboutirait même à la négation de l'autre, qui ne serait désormais plus perçu qu'à travers le prisme du montant de la prime d'assurance<sup>75</sup>.

La théorie du risque se serait ainsi retournée contre ses promoteurs qui avaient souhaité que la souffrance des victimes ne fut plus niée. La critique de la solidarité n'est cependant pas absolue. Revenons un instant sur la liberté contractuelle. Elle ne permet plus systématiquement de fonder une rupture radicale du public et du privé. Les multiples interventions du législateur censées limiter cette liberté sont susceptibles d'être légitimes aux yeux mêmes de ceux qui se prévalent de l'autonomie de la volonté. Le même auteur qui prétend assimiler la liberté contractuelle à un droit fondamental écrit ainsi :

71. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, ouvr. précité, p. 18.

72. E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental? », *Act. Jur. Adm.*, 1998, p. 656 (c'est moi qui souligne).

73. *La République des comités*, Grasset, 1934, p. 38.

74. L. ENGE, *La responsabilité en crise*, Hachette, coll. Questions de société, 1995, p. 93.

75. A. ETCHÉGOYEN, *La vraie morale se moque de la morale*, Seuil, 1999, spéc. p. 97. Voir pour une critique corroborative de cet ouvrage, D. DE BECHILLON, « L'imaginaire banal de la responsabilité », in *Critique*, n° 642, novembre 2000, p. 988 et s.

dans l'exécution du contrat ne pouvait pas se limiter à son exécution utile, mais devait aussi « manifester une attitude confondu à l'esprit de solidarité qui doit caractériser les relations contractuelles d'aujourd'hui »<sup>68</sup>. C'est en se fondant sur une exigence de « solidarité » qu'on a encore proposé de renouveler la théorie des risques pour refuser de s'en remettre à une formule abstraite (*res perit debitor*) en vue d'attribuer la charge des risques en cas d'inexécution du contrat due à un cas de force majeure<sup>69</sup>. Celle-ci pourrait être en effet supportée de manière tout aussi légitime par la partie qui en souffre le moins, qu'il s'agisse selon les cas du débiteur ou du créancier<sup>70</sup>. C'est dans ce sens qu'il faut lire, par exemple, les articles L. 731-11 et suivants du code du travail qui contraint les entreprises du bâtiment à indemniser leurs salariés en cas d'arrêt de travail causé par une intempérie.

Nous touchons cependant ici les limites de l'influence du solidarisme, ou du moins d'une philosophie de la solidarité, sur le droit des contrats, car la plupart des juristes français n'ont pas encore adhéré à cette conception renouvelée de la théorie des risques. Il apparaît d'ailleurs qu'un puissant mouvement contraire soit en train de voir le jour. Le libéralisme pouvait sembler vacillant depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle et l'invention du social. Il revient au premier plan du discours juridique en matière contractuelle, ce qui justifie à mon sens de plaider en faveur d'un retour du social.

## II. LE RETOUR DU SOCIAL

*Le renouveau parfois ambigu de la doctrine libérale.* – L'apport essentiel du solidarisme avait été de renverser de manière radicale la philosophie rousseauiste en affirmant la primauté de l'individu socialement situé sur le mythe individualiste du contrat social. « L'homme isolé et indépendant est une pure fiction; il n'a jamais

68. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1989, n° 11, p. 19.

69. Ch. RAPÉ, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *Les Petites Affiches*, n° 81, 7 juillet 1995, spéc. n° 30, p. 32 : « la justification classique de la charge des risques repose sur une vision essentiellement fataliste de la force majeure, conçue comme une calamité qui s'abat aveuglément sur l'un des contractants. Ce déterminisme toute idée de solidarité entre les contractants et néglige la présence de l'*affectio contractus* dans de très nombreuses conventions ».

70. Comp. F. GENI, *Op. cit.*, n° 75, p. 152-153, qui critiquait déjà le caractère abstrait de la théorie des risques.

“... ne doit-on pas aussi convenir que toutes ces interventions législatives, lorsqu'elles protègent le salarié contre l'employeur, le consommateur contre le vendeur, le distributeur contre le fabricant, l'emprunteur contre le banquier, le locataire contre le propriétaire, ou d'une façon générale la victime d'une clause abusive contre son auteur, n'ont au fond pour but et pour effet que de protéger ou de restaurer cette liberté au profit des parties les plus faibles? La justice n'est pas essentiellement contraire à la liberté»<sup>76</sup>. Son discours ne renoue donc pas avec la philosophie libérale classique. Les individus ne sont plus perçus de manière abstraite (purement spirituelle) et ils ne sont plus toujours les meilleurs défenseurs de leurs propres intérêts. Il s'ensuit qu'ils ne sont plus les seuls garants de la justice contractuelle, ce qui autorise le cas échéant l'intervention d'un tiers<sup>77</sup>. Le socle du solidarisme n'est donc nullement contesté : la perception des contractants qu'il prône n'a pas varié et le droit demeure un instrument de gouvernement susceptible de remettre en cause la liberté de l'un des contractants (le plus fort) au nom de l'égale dignité en droit de l'autre (le plus faible). Il ne s'agit donc plus, à proprement parler, de faire coexister des libertés, mais plus exactement de pallier socialement un défaut de liberté.

Il existe néanmoins un autre discours nettement plus radical qui renoue avec cette philosophie libérale classique. Celle-ci semble, par exemple, animer les propos d'un arrière-tête avisé qui conclut ainsi ses observations sur un arrêt ayant fait à son sens une application excessive de la législation sur les clauses abusives : «les textes nous envoient et il est grand temps de retrouver *les vertus de la liberté contractuelle (pure et simple)*»<sup>78</sup>. L'auteur ne se borne pas à fixer des limites à l'intervention du juge. C'est la légitimité même du droit de la consommation qu'il remet en cause. Voici donc renouée l'ancienne séparation du public et du privé que l'on retrouve d'ailleurs chez d'autres<sup>79</sup> : l'activité du législateur est condamnée au nom d'une conception particulière de la liberté qui met implicitement sur un même plan professionnels et consommateurs. C'est cette même conception de la liberté que l'on voit encore exprimée

<sup>76</sup> E. PICARD, art. précité, p. 660.

<sup>77</sup> Comp. Ph. JESTAZ, «Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel», dans G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 10, qui relève que les exceptions à la liberté contractuelle ne sont liberticides qu'en apparence, car dans un contrat, il y a toujours deux parties et les restrictions à la liberté contractuelle ont en général pour objet de protéger la partie faible».

<sup>78</sup> Ph. DELABECQUE, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1994, *DS* 1994, somm., p. 209 (c'est moi qui souligne).

<sup>79</sup> L. ARIès, «Introduction», dans *Le contrat : questions d'actualité*, *Les Petites Affiches*, n° 90, 5 mai 2000, p. 3, qui réfute le caractère subordonné du contrat dans la théorie des sources, avant de retenir qu'«avant la loi, avant l'Etat et sans l'Etat, le contrat est le mode naturel (sic) d'engagement de la personne».

sans nuance sous la plume d'un économiste无视其经济性  
“ce principe d'autonomie de la volonté trouvée ses fondements scientifiques (sic) dans la nature de l'homme»<sup>80</sup>. Nous ne sommes ici pas loin d'entendre le sénateur Cordier s'exclamant à la tribune, le 8 mars 1889, que «l'ouvrier est absolument libre»!

On pourrait s'étonner d'un tel renversement d'analyse qui paraît gommer près d'un siècle de réflexion juridique. Il n'est cependant guère surprenant, car de nombreux facteurs se sont conjugués ces dernières années qui en ont autorisé l'émergence. Les virulentes critiques adressées au constructivisme juridique au cours des années soixante-dix ont certainement fourni à plusieurs juristes français des arguments précieux en faveur d'une défense renouvelée de la liberté contractuelle<sup>81</sup>. La découverte du marché, favorisée par l'éclosion d'un droit libéral de la concurrence, a d'autant pu séduire qu'elle a parfois servi de substitut contemporain à l'antique droit naturel au bénéfice d'auteurs qui s'en prétendent par ailleurs les défenseurs. La nature des choses n'est pas toujours très éloignée de l'ordre spontané<sup>82</sup>. C'est aussi au nom du respect du code civil que certains d'entre eux vantent les mérites de la liberté contractuelle. Les civilistes sont encore nombreux qui se prétendent les gardiens du titre que celui-ci consacre au contrat, tout en persistant à y voir un texte d'inspiration spiritualiste. Revenir sur la liberté contractuelle, c'est donc prendre le risque de porter atteinte à la dignité humaine en ravalant l'individu au simple rang d'incapable; multiplier les interventions législatives qui contrarient cette liberté au nom de l'intégrité public, et c'est celle-ci qui doit être défendue au nom du code! Ajoutez à cela une méfiance traditionnelle des juristes français à l'endroit de juges très vite suspectés de procéder à un forçage illégitime des textes, car à côté de l'intervention du législateur il y a celle croissante du juge<sup>83</sup>, et l'on tient une partie des arguments qui justifient de manière sous-jacente le retour en force d'un tel discours sur la liberté contractuelle.

*Le solidarisme face au changement de contexte historique.* — Celui-ci peut donc toujours être discuté au nom du solidarisme

<sup>80</sup> B. LEMENNIE, *Économie du droit*, Cujas, coll. Théories économiques, 1991, p. 70.

<sup>81</sup> Voir en particulier, F.-A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Kegan Paul, 3 vol., 1973-1979.

<sup>82</sup> Voir M.-A. FRISON-ROCHE, «Le modèle du marché», *Arch. philo. droit*, 1996, t. 40, p. 286 et s., qui rappelle utilement (mais la nécessité d'un tel rappel est significative) que le marché n'est pas un fait, mais un modèle historiquement simé. — Comp. sur l'importance du paradigme du marché, A. SNIOT, «L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser», dans *La norme, la ville, la mer, écrits de Nantes pour le doyen Yves Pratz*, éd. de la Maison des Sciences de l'Homme, 2000, spcc. p. 39 et s.

<sup>83</sup> Voir par ex., L. ARIès, «Le devoir de renégocier», *Rev. jur. com.*, 1999, spcc. n° 26, p. 19, qui s'en prend au risque d'arbitraire du juge.

contractuel dont certaines analyses demeurent actuelles. Ce sont en particulier toujours les mêmes questions qui peuvent être posées aux juristes libéraux : continuez-vous à soutenir que chaque individu, que vous refusez d'incarner, est le meilleur défenseur de ses propres intérêts autrement qu'à tirer de postulat métaphysique ? Et, si tel n'est pas le cas, comment comptez-vous assurer l'équilibre contractuel qui est pourtant au cœur de votre pensée ? D'autres arguments mesure de ce changement qui autorise un parallèle. Les défenseurs originaire du solidarisme avaient entendu forger un nouveau contrat social susceptible de rallier l'ensemble des citoyens au formidable développement de l'industrie de masse, car il leur était en particulier apparu que l'individualisme ne pouvait plus y parvenir. L'industrie de masse est aujourd'hui en voie d'être supplantée par une autre forme d'économie, sans qu'il soit certain que le discours individualiste, dont le contenu a profondément changé depuis la fin des années soixante, soit à nouveau en mesure d'y faire face. Ce sont donc les rapports qui existent entre ce discours et l'évolution économique qu'il faut présenter brièvement pour comprendre l'actualité du solidarisme contractuel.

L'industrie de masse était liée à un capitalisme qui ne laissait guère de place entre l'entreprise à structure hiérarchique et le marché. L'entreprise (autrement dénommée la firme) tient son particularisme de l'existence d'un engagement de très longue durée qui interdit aux agents de rédiger des contrats, au sens où les entendent les économistes, parce que ces agents ne peuvent en maîtriser l'ensemble des données en raison de l'incertitude liée au temps. Ceux-ci s'en remettent donc à l'un d'entre eux pour gouverner leur relation selon un modèle hiérarchique censé être le plus efficace. Le marché est à l'inverse constitué de contrats de très courte durée, de concessionnaires, de franchises ou d'agents commerciaux, etc. Elles sont hybrides en ce sens qu'elles sont censées maintenir l'indépendance des agents propre au marché tout en instituant un ordre de simples échanges. Ce dualisme a peu à peu laissé apparaître de nombreuses structures hybrides qui ont pour particularité d'emprunter des formes contractuelles variées : sous-traitance, contrats d'affiliation commerciale ou d'intégration agricole, réseaux de concessionnaires, de franchises ou d'agents commerciaux, etc.

parce que leur indépendance est présumée. Bien plus, c'est l'entreprise elle-même dont la structure hiérarchique a été contestée pour être parfois assimilée à un « noeuds de contrats »<sup>85</sup>, ce qui renvoie singulièrement à la conception que les juristes français se faisaient de la personne morale au cours du XIX<sup>e</sup> siècle : une simple concentration de droits individuels. C'est donc l'ensemble de l'économie qui s'est contractualisée : le marché l'a toujours été bien qu'il n'intéressait guère les économistes sous l'angle contractuel, de nombreuses formules intermédiaires entre le marché et l'entreprise sont apparues et l'entreprise elle-même a fini par s'y plier.

Le succès rencontré par cette contractualisation croissante de l'économie tient certainement à la démonstration de son efficacité, mais aussi à une forte réceptivité de nature sociologique. C'est du moins ce que l'on peut déduire de la lecture de l'important essai de Luc Boltanski et Ève Chiapello consacré aux mutations contemporaines du capitalisme<sup>86</sup>. Les auteurs y démontrent que celui-ci se nourrit des critiques qui lui sont adressées afin de les intégrer à son avantage. C'est ainsi que la profonde crise politique et sociale de la fin des années soixante aurait contribué à une violente remise en cause du capitalisme de l'époque caractérisé par un esprit bureaucratique censé brimer les aspirations nouvelles à l'autonomie individuelle. Le discours des gestionnaires aurait alors progressivement intégré ces critiques afin que les agents continuent d'adhérer au système. C'est ainsi que serait apparue une littérature substituant à l'apologie des grandes organisations à structure hiérarchique celle des réseaux susceptibles de combiner l'efficacité économique et l'épanouissement individuel. Nous verrions ainsi émerger aujourd'hui ce que les auteurs nomment la « cité par projets », qui n'enferme plus les individus dans des organisations, mais favorise au contraire leur circulation d'un projet à un autre<sup>87</sup>.

Cette évolution aurait cependant eu pour contrepartie d'anéantir un discours critique mieux adapté à la phase précédente du capitalisme qu'à sa forme actuelle, en dépit de l'apparition de nouvelles injustices nées en particulier de l'insécurité liée à l'isolement relatif des individus que la littérature sociologique commence aujourd'hui à dénoncer<sup>88</sup>. Les conditions d'existence d'un discours critique me

<sup>85</sup>. Voir par ex., F.-H. EASTERBROOK, *The Corporate Contract*, Columbia Law Review, vol. 89, 1989, p. 1416 et s. - Comp. W. W. BRATTON, « The "Nexus of Contracts" Corporation : A Critical Appraisal », Cornell Law Review, vol. 74, 1989, p. 407 et s.

<sup>86</sup>. *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. NRF Essais, 1999.

<sup>87</sup>. Op. cit., spéc. p. 155 et s. - Add. L. BOITRANSI et L. THÉVENOT, *De la justification, les économies de la grandeur*, NRF, coll. Essais, 1991, spéc. p. 83 et s., où les auteurs développent le modèle de la cité.

<sup>88</sup>. Voir par ex., Ch. DEJEUX, *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Seuil, coll. L'histoire immédiate, 1998. - R. SENNETT, *Le travail sans qualités, les conséquences humaines de la flexibilité*, Albin Michel, 1999 (pour la traduction française).

Il n'est cependant pas certain que la Cour de cassation au terme de toutes les conséquences d'une analyse dont les postulats ne correspondent pourtant pas au discours libéral classique qui exige des contractants égaux transigeant entre des intérêts opposés. Elle a en effet réservé le cas où la partie qui fixe le prix commetttrait un abus, mais sans en préciser le critère. Or nous avons vu qu'il existe deux conceptions de l'abus assez largement différentes. La première est précisément d'inspiration libérale. Elle n'admet son existence que dans les cas extrêmes, c'est-à-dire le plus souvent quand une intention de nuire ou son équivalent est susceptible d'être démontrée. Cette façon d'appréhender l'abus peut-elle s'imposer à un moment où la Cour de cassation rompt avec la perception classique et libérale du contrat ? En d'autres termes, peut-on admettre une sanction marginale de l'abus à un moment où l'on entérine en droit la primauté de l'une des parties sur l'autre ? Faut-il alors se tourner vers la seconde conception de l'abus d'inspiration solidariste ? Celle-ci caractérise l'existence d'un abus toutes les fois qu'une personne exerce son droit dans un but qui n'est pas conforme à sa finalité sociale. La question est alors de savoir quelle est la finalité sociale du droit désormais reconnu à l'un des contractants de déterminer unilatéralement le prix. L'absence d'arrêt ayant caractérisé l'abus en matière de détermination du prix laisse au premier abord penser que la Cour de cassation ne s'en est pas préoccupé. Ce serait néanmoins à mon sens un tort de croire qu'elle s'est ralliée au versant libéral de l'abus que certains ont voulu lui faire endosser.

C'est en particulier ce que laissent penser deux arrêts importants qui se rattachent indirectement à la détermination du prix. Ils sont trop connus pour que j'y revienne longtemps. Le premier a condamné une compagnie pétrolière qui pratiquait, à l'égard de l'un de ses revendeurs, des prix tels que celui-ci n'était pas en mesure d'affronter la concurrence constituée par des mandataires de la même compagnie pétrolière. La Cour de cassation a sanctionné le comportement de celle-ci en approuvant la cour d'appel d'avoir « pu décider qu'en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi »<sup>93</sup>. Le second arrêt a permis la condamnation de diverses sociétés industrielles qui n'avaient pas permis à leur agent commercial d'affronter la concurrence de centrales d'achat, celles-ci ayant eu la possibilité de procéder à des achats parallèles de produits commercialisés à des prix largement inférieurs, sans pour autant violer la clause d'exclusivité stipulée au profit de l'agent. La Cour de cassation a plus exactement reproché à la cour d'appel de ne pas avoir

*Une jurisprudence critique : 1) l'exécution du contrat.* - Je songe en premier lieu aux arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> décembre 1995 à propos de la détermination du prix<sup>89</sup>. Ceux-ci admettent désormais qu'un seul contractant puisse se réservé le droit de fixer le prix des produits ou des services à venir au sein des contrats-cadre qui structurent juridiquement de nombreux réseaux. L'innovation majeure, voire quasi-révolutionnaire, de ces arrêts tient au fait qu'ils rompent d'un point de vue conceptuel avec le postulat libéral d'égalité des contractants qui permettait à la jurisprudence antérieure de sanctionner les comportements qui s'en éloignaient. Il suffisait en effet que l'une des parties se réserve le soin de fixer le prix pour que le contrat soit annulé. La Cour de cassation lui substitue aujourd'hui un postulat d'inégalité en entérinant la détermination de ce prix par l'une des parties seulement<sup>90</sup>. C'est donc la nature véritable des structures hybrides qu'elle a plus ou moins consciemment mis à jour en révélant que celles-ci sont «en réalité des organisations hiérarchiques à part entière qui ne font que se couvrir pudiquement d'un voile de contrat», à moins qu'il faille admettre que ces structures instituent des contrats eux-mêmes hiérarchiques que les juristes français découvrent aujourd'hui en ajoutant au modèle cognitif classique du contrat-échange (la vente) censé être de nature égalitaire celui du contrat-organisation<sup>92</sup>.

89. *Gaz. Pal.*, 8-9 décembre 1995, p. 31, note P. DE FONTBRESSIN; *Quat. Jur.*, n° 99, 12 décembre 1995, p. 3, note P. M.; *Les Petites Affiches*, n° 155, 27 décembre 1995, note D. BUREAU ET N. MOLESSE; *JCP* 1996, éd. G., II, 22565, concl. M. JTOU, note J. GHESTIN; *D. BUREAU ET N. MOLESSE*; *Defendois*, 1996, p. 747, n° 57, obs. Ph. DELEBECQUE.

90. Voir dans ce sens, Th. REVER, « Les apports au droit des relations de dépendance », dans *La détermination du prix : nouveaux enjeux : un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, ouvr. collectif sous l'égide du CEDIP et de l'Université de Montpellier I, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 37 et s. spéc. n° 9.

91. G. TEUNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Reu. franç. de gestion*, 1993, p. 51.

92. Voir par ex., P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terre*, ouvr. précité, p. 635 et s. - Comp. M. CARRILAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Univ. Toulouse, 1978, p. 235 et s., spécialement n° 8.

93. Cass. Com., 3 novembre 1992, *Bull. civ.*, IV, n° 340, p. 242; *JCP* 1993, éd. G., II, 22164, note G. VIRASSAMY; *Reu. trim. dr. civ.*, 1993, p. 124, n° 7, obs. J. MESTRE.

dépourvu de cause réelle et sérieuse une fois relevé qu'il n'y avait pas eu vraiment de suppression d'emploi. La Cour de cassation n'a pas repris cette argumentation classique pour rejeter le pourvoi. Elle a préféré juger que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique après avoir affirmé que « l'employeur, tenu d'exécuter une bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi »<sup>96</sup>. Cet arrêt impose donc à l'employeur de prendre en considération l'intérêt du salarié en lui refusant le droit de le licencier s'il est en mesure de lui proposer une modification de son emploi. L'évolution de l'emploi n'est guère éloignée de l'adaptation à la concurrence. Peut-on néanmoins considérer que cet arrêt constitue l'expression d'une évolution propre au droit du travail pour lui dénier toute vocation généraliste ? Ce serait méconnaître le fait qu'une même logique se retrouve dans d'autres domaines.

Je me bornerai ici à prendre l'exemple d'un arrêt remarqué du 3 juillet 1999<sup>97</sup>. Une société avait en l'espèce conclu un contrat de création d'un « point club vidéo » et de location cassettes avec un couple. La cour d'appel l'avait annulé en jugeant que « la cause, mobile déterminant de l'engagement de ces derniers, était la diffusion certaine des cassettes auprès de leur clientèle, et que cette exploitation était vouée à l'échec dans une agglomération de 1314 habitants ». Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation qui a retenu « qu'ayant relevé que, s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exploitation de cassettes vidéo voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'il prenait ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location d'cassettes ». Il s'agissait encore d'un contrat qui mettait aux prises des contractants d'inégale puissance, et les hauts magistrats ont usé de cet instrument technique maléable qu'est la cause pour sanctionner le plus puissant et le plus informé d'entre eux auquel ils ont en définitive reproché de ne pas avoir pris en charge l'intérêt du plus faible qui était à peu près sûr de ne pouvoir tirer avantage du contrat en raison d'une clientèle trop peu nombreuse. Ils ont donc mis la charge du risque commercial sur le maître de l'affaire en rompant avec la logique libérale qui aurait abouti à la solution

94. Cass. com., 24 novembre 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 277, p. 232; *Quot. Jur.*, 22 décembre 1998, n° 102, p. 6, note P. M.; *JCP* 1999, éd. G., II, 12210, note Y. PICON; *Defrénois*, 1999, p. 371, n° 16, obs. D. MAZEAUD; *Reu. trim. dr. civ.*, 1999, p. 98, n° 10, obs. J. MESTRE; *ibid.*, p. 646, n° 3, obs. P.-Y. GAUTIER; *JCP* 1999, éd. G., I, 143, n° 6, obs. CH. JAMIN; *Contrats, Conc., Consomm.*, 1999, n° 56, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

95. Comp. F. TERRE, Ph. SIMIER et Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, n° 40-1, p. 43, *In fine*. Contrairement à ce qu'écrivent ces auteurs, il ne me semble pas que la nouvelle jurisprudence constitue une régression dans la protection des parties, celle-ci ayant été assurée auparavant par des « procédures qui permettaient à chacun à veiller à la défense de ses intérêts ». Il n'a en effet nullement été démontré de manière empirique que l'ancienne jurisprudence empêchait le maître du réseau de fixer unilatéralement le prix en cours d'exécution du contrat. Ce n'était le plus souvent qu'à l'issue ou lors de la rupture de la relation commerciale qu'elle était invoquée dans un but différent de celui pour lequel elle avait été instituée : éviter l'application d'une clause quelconque du contrat ou permettre de négocier la sortie du contrat dans de meilleures conditions financières. Son caractère protecteur n'était donc qu'incident même s'il n'était pas négligeable. Cette jurisprudence avait en revanche pour inconvénient de traiter une question en masquant la réalité des rapports contractuels. Le fait de les percevoir tels qu'ils sont constitue à mon sens un progrès, à la condition toutefois de pousser jusqu'au bout l'analyse en refusant de sanctionner l'abus en usant de critères libéraux, alors que l'analyse contractuelle nouvelle implique leur rejet.

96. Cass. soc., 25 février 1992, *Bull. civ.*, V, n° 121, p. 74; *DS* 1992, p. 390, note M. DÉFOSSEZ; *DS* 1992, somm., p. 294, obs. A. LYON-CAEN; *JCP* 1992, éd. G., I, 3610, n° 8, obs. D. GATUMEL; *Reu. trim. dr. civ.*, 1992, p. 760, n° 5, obs. J. MESTRE. - Voir dans le même sens, *Cass. soc.*, 10 juillet 1995, *Dr. soc.*, 1995, p. 832. - 6 mai 1994, *Gaz. Pal.* 1994, I, p. 218, note J. BERENGUER. - 23 septembre 1992, *Bull. civ.*, V, n° 472, p. 296.

97. *Bull. civ.*, I, n° 286, p. 200; *Reu. trim. dr. civ.*, 1996, p. 901, n° 9, obs. J. MESTRE; *JGP* 1997, éd. G., I, 4015, n° 4, obs. F. LABARTHE; *DS* 1997, p. 500, note Ph. REIGNE.

conseil qui ne prennent fin qu'après que les concessionnaires auxquels il n'a pas de reproche à faire, aient quitté le réseau, et lui imposent, par application des articles 1134 alinéas 3 et 1135 du Code civil, de veiller loyalement à ce que ces concessionnaires puissent partir sans perdre le fruit de leur engagement au sein du réseau<sup>99</sup>. L'arrêt paraît tout à fait correspondre à la logique connexionniste contemporaine décrite par Luc Boltanski et Ève Chiapello<sup>100</sup>: s'il semble qu'il faille désormais raisonner en termes de projets qui se succèdent les uns aux autres, il faut néanmoins que chacun des contractants ait les moyens concrets de passer d'un projet à un autre. Ne pas l'admettre revient en effet à sacrifier une catégorie de contractants à une autre en légitimant les comportements opportunistes de la part des plus puissants, tout en niant la dette qu'ils ont à l'égard de ceux qui leur ont permis d'agir.

L'un des moyens de contrôler le caractère opportuniste de tel ou tel comportement consiste d'ailleurs à s'intéresser aux motifs avancés par celui qui rompt le contrat ou refuse de le renouveler. De manière traditionnelle, le droit positif n'admet pas le contrôle des motifs en dehors du domaine spécifique du contrat de travail ou du mandat d'intérêt commun. Les choses semblent néanmoins évoluer aujourd'hui. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une cour d'appel ne tirait pas les conséquences légales de ses propres appréciations en décidant que la rupture d'une concession par le concédant n'était pas abusive, alors qu'elle avait retenu que ses agissements démontraient qu'il avait exigé du concessionnaire, sans motif légitime, des garanties supplémentaires dans le but inavoué de le déstabiliser financièrement afin de l'inciter à se rapprocher d'un autre concessionnaire<sup>101</sup>. Elle s'est encore appuyée sur les termes du contrat et les conditions de son exécution pour en déduire que le motif de sa résiliation, qui tenait à la chute de ventes des véhicules neufs, ne leurs étaient pas conforme et dénier ainsi au concédant d'y mettre fin deux ans seulement après sa conclusion<sup>102</sup>. La logique qui anime ces arrêts est au fond la même que celle qui sous-tend la jurisprudence lorsqu'elle exige du mandant qu'il motive la rupture du mandat d'intérêt commun. Elle admet un contrôle des motifs

inverse en faisant peser sur le couple (au point de le ranger) un choix contractuel malheureux dont ils auraient été jugés seuls responsables en raison, selon le discours individualiste des économistes, d'une mauvaise "anticipation rationnelle".

Adapter le contrat de travail en cours d'exécution pour qu'il soit tenu à profiter au salarié ou l'adapter dès l'origine pour qu'il soit aussi en mesure de profiter au revendeur : il s'agit toujours, semble-t-il, d'une même logique qui fait du contrat un acte de solidarité. C'est aussi celle qui a présidé aux arrêts ayant exigé des fournisseurs qu'ils permettent à leurs distributeurs d'affronter la concurrence. Je ne sais si elle est ou non la plus efficace. Elle a au moins pour effet politique de contenir l'un des traits du capitalisme contemporain qui favorise une forme de nomadisme d'un projet à un autre en privilégiant l'intégration individuelle au sein de cette collectivité qu'est l'entreprise ou le maintien dans un réseau. À rebours de la logique individualiste et libérale, elle a en outre pour mérite de ne pas mettre la charge d'un éventuel échec du projet sur le contractant qui est le moins en mesure de maîtriser la réalisation de l'objet du contrat. D'un point de vue plus directement juridique, on peut même se demander si elle ne traduit pas une conception très exigeante de la force obligatoire du contrat, du moins à l'égard de la partie dominante, en privilégiant le respect de l'économie du contrat sur sa lettre<sup>98</sup>.

*Une jurisprudence critique : 2) l'expiration du contrat.* - Le contrat peut cependant ne pas devoir perdurer. Il faut parfois y mettre fin quand il a éprouvé ses effets utiles ou lorsque les parties savent qu'il ne permettra pas la réalisation d'un projet commun. Cette nouvelle phase peut néanmoins ne pas échapper à une logique solidariste. L'exemple le plus frappant nous en est donné par un arrêt novateur de la cour d'appel de Paris en matière de concession commerciale. Dans un contexte de restructuration de son réseau, qui impliquait la reprise de ses succursales par des tiers avec redécoupage des territoires, un concédant avait résilié le contrat de concession dans l'unique but de s'octroyer le territoire du concessionnaire pour faciliter la reprise par un tiers de l'une de ses succursales. Estimant que la résiliation avait privé le concessionnaire du pouvoir de négocier à sa juste valeur la reprise de son fonds de commerce par le repreneur sélectionné, la cour d'appel a sanctionné le concédant, au motif que « la création par le constructeur d'un réseau de distribution de ses produits et l'adhésion des concessionnaires à ce réseau à l'essor duquel ils vont contribuer au mieux d'intérêts économiques communs, impliquent de la part du concédant

99. Paris, 11 février 1999, *Reu. jur. com.*, 1999, p. 395, note Ph. GRIGNON; *JCP* 2000, éd. G., II, 10244, note J.-P. CHAZAL.

100. *Le nouvel esprit du capitalisme*, ouvr. préc., spéc. p. 466 et s.

101. Cass. com., 25 octobre 1994, DS 1997, somm., p. 52, obs. D. FERRIER.

102. Cass. com., 20 janvier 1998, *Bull. cit.*, IV, n° 40, p. 30 ; D. 1998, p. 413, note Ch. JAMIN ; D. 1998, somm., p. 333, obs. D. FERRIER; *Contrats, Conc., Consomm.* 1998, n° 56, obs. L. LEVENTEUR, *Reu. trim. dr. civ.*, 1998, p. 675, n° 6, obs. J. MESTRE ; *JCP* 1999, éd. G., II, 10285, note J.-P. CHAZAL; *Reu. jur. com.*, 1999, p. 67, n° 1517, note D. PORACCHIA ; D. 1999, somm., p. 114, obs. D. MAZEAUD.

98. Voir dans un contexte différent, Cass. com., 20 octobre 1998, *Reu. trim. dr. civ.*, 1999, p. 390, n° 11, obs. J. MESTRE.

C'est oublier à mon sens qu'un tel discours ne vaut que lorsque le contrat est librement négocié par des parties qui sont également libres (et pas seulement dans le sens du code civil qui avait adopté une conception très étroite des vices du consentement en raison d'un souci affiché de maintien de l'ordre social dans une période post-révolutionnaire). Seuleilles l'avait bien compris au début du siècle qui refusait de voir un contrat dans le contrat d'adhésion.<sup>104</sup> L'évolution de l'économie contemporaine nous montre cependant que les contrats d'adhésion ne sont pas seuls en jeu. La plupart des contrats qui s'inscrivent dans une structure hiérarchique plus ou moins affirmée sont eux aussi concernés : des contrats de travail à la plupart des contrats conclus au sein de ces structures hybrides qui se situent entre l'entreprise et le marché. Le fait de ne pas l'admettre revient à légitimer le discours d'une classe dominante, dont on sait qu'elle défend plutôt une conception « volontariste » du contrat, qui exige son respect quelles qu'en soient les conséquences, plutôt qu'une conception « providentialiste » ou « finaliste » censée prendre en compte aussi la situation des plus faibles pour autoriser la remise en cause de sa force obligatoire.<sup>105</sup> Nier cette réalité nouvelle revient surtout à ne pas comprendre les enjeux politiques majeurs du droit contemporain des contrats qui contribue puissamment dans sa version libérale à une curieuse restauration : celle du modèle féodal.

La Cour de cassation semble même aller plus loin. Le fait que le passage d'un projet à un autre soit légitime n'exclut pas que celui qui en prend l'initiative ne soit pas tenu d'en supporter les conséquences à l'égard de son cocontractant. Dans l'espèce jugée par la cour d'appel de Paris, le choix réalisé par le concédant était peut-être fondé sur le plan économique, mais cela n'a pas empêché l'arrêt de considérer que celui-ci ne devait pas avoir un comportement purement égoïste en diminuant les chances de reconversion de son concessionnaire. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation dans une affaire où une clinique avait résilié son contrat avec des cardiologues en arguant du fait que l'extension de son domaine d'activité impliquait une telle rupture. La 1<sup>re</sup> Chambre civile a très nettement jugé que « l'intérêt légitime de rompre reconnu par l'arrêt à la clinique n'excluait pas que celle-ci puisse tenue pour seule responsable de la rupture des relations contractuelles entre les parties ».<sup>103</sup>

Cette façon de percevoir le contrat est bien entendu critiquée au nom d'une anthropologie pessimiste de la nature humaine qui s'accorde parfaitement avec la doctrine libérale. Le discours tenu est simple. La rationalité supposée de chaque contractant est supposée en faire le meilleur défenseur de ses intérêts. Celui-ci doit donc savoir au moment de s'engager que son contrat peut être rompu à tout instant s'il est à durée indéterminée, et ne pas être renouvelé s'il est à durée déterminé. Il doit aussi savoir que son affaire peut ne pas être rentable et qu'il n'aura pas à s'en plaindre auprès de l'autre partie si celle-ci a respecté la lettre du contrat. Tout autre attitude confondrait celui-ci avec une œuvre de charité. « Chacun pour soi ! » ou « en affaires, trompe qui peut ! » : tel sont les slogans de la doctrine libérale qui se borne à exiger un égal respect de la force obligatoire du contrat de la part des deux parties. Assurer l'application des dispositions contractuelles : c'est en définitive ce qui fonde seul la légitimité de l'intervention du législateur ou du juge.

<sup>104</sup> *De la déclaration de volonté*, op. cit., p. 229.

<sup>105</sup> Voir plus spécialement, J. KELLERHAIS, M. MODAK, J.-F. PERRIN et M. SARDI, « L'éthique du contrat (Du rapport entre l'intégration sociale et la morale juridique populaire) », *L'Année sociologique*, 1993, p. 125 et s. Les auteurs y présentent une étude empirique analysant la façon dont les individus perçoivent le principe de la force obligatoire du contrat dans les relations contractuelles qui les lieut à des organisations. Ils y démontrent que ceux-ci se distinguent en trois grandes catégories qui dévoilent autant de « morales contractuelles ». Un premier quart adopte une philosophie « providentialiste » qui peut se résumer ainsi : « la personne qui se lie par contrat à une organisation devrait être protégée en toutes circonstances » (p. 133). Deux individus sur cinq se rangent à une philosophie « finaliste ». Pour eux, c'est moins l'accord des volontés qui doit l'emporter que les conséquences que le contrat peut avoir pour les individus. Autrement dit, c'est « la pesée des intérêts ultimes des parties et la valeur intrinsèque des choses échangées qui servent de référence pour le jugement moral ». Ces individus souhaitent alors que l'État intervienne pour limiter les échanges si cette intervention « se justifie au nom de la protection des individus contre les conséquences de comportements inconsidérés » (p. 135). Adoptant enfin une philosophie « volontariste », deux individus sur cinq instituent « en absolue le principe du respect d'un acte de volonté » (p. 137) quelle qu'en soient les conséquences. Les auteurs montrent ensuite que la répartition entre ces différentes attitudes dépend assez largement du statut socio-économique des individus : alors qu'un déficit en ressources encourage des choix finalistes ou providentialistes, un niveau élevé de ressources (culturelles, financières, etc.) est nettement associé à une conception volontariste des relations contractuelles.

*Un enjeu politique majeur : la restauration du modèle féodal.* – Aujourd'hui développée par Pierre Legendre<sup>106</sup> et reprise par Alain Supiot<sup>107</sup>, cette idée fondamentale et au premier abord surprenante n'est pas nouvelle. Elle a été avancée dès 1943 par Friedrich Kessler précisément à propos des contrats d'adhésion<sup>108</sup>. Celiui-ci a en particulier soutenu que la tendance à un capitalisme monopolistique combinée à la proclamation sociale de la liberté contractuelle, dont l'objet est de garantir une absence d'intervention dans la sphère du pouvoir contractuel, ont permis aux entreprises de légitimer par le biais du contrat et, qui plus est, de légitérer de manière autoritaire sans se donner l'apparence de l'autorité. Et il poursuivait en relevant que les contrats d'adhésion (*standards contracts*) étaient devenus entre les mains des puissants suzerains commerciaux et industriels le moyen d'imposer un nouvel ordre féodal à une foule de vassaux. Une comparaison attentive entre le contrat féodal et nombre de contrats-organisation pourrait peut-être démontrer l'existence d'un lien entre ces deux types de structures contractuelles. Il ne s'agit certes plus d'attribuer un fief (bien que certains contrats confèrent une exclusivité territoriale...), mais la nature du lien vassalique demeure à peu près la même : « les contrats de dépendance »<sup>109</sup> ont d'un certain point de vue succédé aux « hommes libres en dépendance »<sup>110</sup>.

Le lien féodal ne s'est cependant développé que sur les ruines de l'État. Ce n'est pas tout à fait à ce genre d'évolution auquel nous assistons aujourd'hui. Le développement des réseaux qui s'ajoute

106. Voir en dernier lieu, p. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999, spéc. p. 243, qui parle de « réséodalisation planétaire ».

107. Voir en particulier, A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », dans Y. Michaud (dir.), *Université de tous les savoirs*, vol. 2, O. Jacob, 2000, p. 157 et s.

108. « Contracts of Adhesion, Some Thoughts about Freedom of Contract », *Columbia Law Review*, vol. 43, 1943, spéc. p. 640-641. Cette réflexion sur la restauration du féodalisme par le biais des contrats d'adhésion s'inscrivait au sein d'un programme plus vaste, de l'auteur qui craignait que l'évolution monopolistique du capitalisme ne fut à l'origine d'un nouveau totalitarisme, spécialement en raison de la multiplication des accords verticaux. C'est la raison pour laquelle il insistait sur la nécessité de conférer des pouvoirs importants au juge : F. KESSLER, « Natural Law, Justice and Democracy – Some Reflections on Three Types of Thinking about Law and Justice », *Justiane Law Review*, t. 19, 1944, p. 32 et s.; F. KESSLER, « Automobile Dealer Franchises : Vertical Integration by Contract », *Yale Law Journal*, vol. 66, 1957, p. 1135 et s.; F. KESSLER and R. H. STEIN, « Competition, Contract and Vertical Integration », *Yale Law Journal*, t. 69, 1959, p. 1 et s.; F. KESSLER and E. FINE, « Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Good Faith of Contract : A Comparative Study », *Harvard Law Review*, t. 77, 1964.

109. Voir G. VRAISSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghoshin LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 190, 1986.

110. F. L. GASHOF, *Qui est-ce que la féodalité ? Office de publicité*, 3<sup>e</sup> éd., 1957, p. 17 qui procède à une analyse juridique de la féodalité. V. de manière générale, E. BOURNAZÉ, *La féodalité*, Paris 1998.

dans une certaine mesure au capitalisme monopolistique appelle en effet son intervention. Celle-ci a cependant changé d'aspect : elle se prétend de nature « régulatoire » et non plus réglementaire<sup>111</sup>. Il s'ensuit que la vision classique et libérale du contrat y acquiert une nouvelle légitimité, car elle est réputée plus souple et plus efficace que la plupart des interventions législatives. Le contrôle judiciaire est ainsi renvoyé à la marge même quand il peut apparaître protecteur de la partie faible. Ce sont des auteurs libéraux qui ont par exemple critiqué la récente jurisprudence ayant réputée non écrite la clause limitative de responsabilité qu'avait insérée dans ses contrats d'adhésion la société Chronopost<sup>112</sup>. Ce sont les mêmes qui souhaitent ne caractériser l'abus dans la détermination unilatérale du prix que lorsque l'équilibre contractuel est totalement méconnu<sup>113</sup>. La logique contractuelle est ainsi valorisée au point même d'aboutir à une remise en cause des dispositifs réglementaires propres au droit de la consommation. Deux magistrats ont ainsi récemment démontré que l'évolution jurisprudentielle actuelle tendait à démanteler le système consumériste de protection de l'emprunteur au profit du prêteur dont la position est nettement renforcée du fait de sa puissance contractuelle<sup>114</sup>, au moment même où un auteur soutient que la réglementation du crédit à la consommation constitue « pour une bonne part, un droit de la mauvaise foi et de la gagnarde érigées en système »<sup>115</sup> ! La logique régulatoire libérale tend donc à vouloir soustraire au contrôle social une large fraction de l'activité contractuelle en repoussant les frontières de l'intervention des organes étatiques, ce qui favorise le succès du modèle féodal qui se nourrit de son déclin.

111. Voir en particulier, M. M. Mohamed SALAH, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulatoire? », dans *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261 et s.

112. Voir en particulier, Ph. DEBEDECQUE, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité? », *D. Aff.*, 1997, p. 235 et s., qui conclut d'ailleurs son commentaire en relevant que la liberté contractuelle a « des limites qui n'est pas nécessaire de valoriser ». (n° 15). – Ch. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D. Aff.* 1997, Chron., p. 145 et s., qui conclut pour sa part qu'« on voit donc qu'il était inutile d'ouvrir une brèche considérable dans le principe de la liberté contractuelle, au risque de le ruiner ».

113. Voir dans ce sens, M.-A. FAISON-ROCHE, « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », *Rev. jur. dr. aff.*, 1996, p. 9, n° 39. – Comp. Th. REVET, *Les apports au droit des relations de dépendance*, art. précité, spéc. p. 46, n° 16, note 40, qui considère qu'une telle analyse revient à « mettre la barre très - trop haut ».

114. Voir Ph. FLORES et G. BIARNEAUD, « La protection de l'emprunteur : une notion menacée », *D.* 2000, Chron., p. 191 et s.

115. D. R. MARTIN, « De la rénégociation de prêt ou le syndrome d'Édouard », *Revue bancaire et boursière*, n° 74, 1999, p. 168.

Son émergence est, de manière paradoxale, renforcée par certains des moyens qui lui sont opposés. Divers auteurs soutiennent par exemple que le primat de l'efficacité doit céder uniquement quand il remet en cause les « principes de la dignité humaine »<sup>116</sup>. On voit poindre ici le droit des droits de l'homme qui ne joue cependant qu'un rôle tout à fait marginal en droit des contrats. Il n'a guère permis aujourd'hui à la jurisprudence française que d'annuler la clause d'un bail qui stipulait que le local ne pouvait être occupé que par le locataire et ses enfants sur le fondement du droit au respect de la vie familiale<sup>117</sup>. L'atteinte à la dignité se confond par ailleurs avec la pauvreté. Le fait de voir aujourd'hui se développer un droit des pauvres n'est donc pas neutre<sup>118</sup>. Les dispositifs normatifs qui sont censés l'instituer ne sont cependant pas loin de contribuer eux aussi à l'édification contemporaine du modèle moyenâgeux. Contrairement à ce que l'on avance le plus souvent, il n'est pas certain que l'économie de marché soit une invention du xvii<sup>e</sup> siècle. Il semble qu'elle ait existé précédemment avec un correctif précisément constitué par la pauvreté. Un auteur a ainsi écrit de manière significative sur la question du prix que « la position des auteurs de l'ancien droit est finalement assez simple : ils sont favorables à la formation des prix sur le marché, ce marché devant être public ; il y a cependant un butoir à cette liberté : la pauvreté ou encore la nécessité »<sup>119</sup>.

Le discours libéral actuel et ses contre-feux humanitaires aboutissent donc à la reconstitution d'un modèle politique que l'on croyait dépassé. Les réseaux dont on nous dit qu'ils « constituent la nouvelle morphologie sociale de nos sociétés »<sup>120</sup> ne sont pas loin de se substituer à « un réseau de liens de dépendance tissant ses fils du haut en bas de l'échelle humaine » dont Marc Bloch nous a appris qu'il « donna à la civilisation de la féodalité européenne son empreinte la plus originale »<sup>121</sup>. Quant aux droits de l'homme destinés à préserver la dignité humaine, ils servent en quelque sorte de substitut laïc à la vieille charité chrétienne. Autant dire qu'ils ne permettent nullement de contester la légitimité de cette nouvelle organisation sociale dont

ils se bornent le plus souvent à prendre en charge les exclus, ce que tend par exemple à prouver le choix récent du titre de la loi d'orientation du 29 juillet 1998 « relative à la lutte contre les exclusions ». C'est précisément contre une telle évolution que s'inscrit le solidarisme contractuel dont l'objectif est de restaurer la primauté du social au sein même de l'économie de marché et non à sa marge.

Il ne s'agit donc nullement d'affirmer une quelconque fraternité de nature sentimentale entre les parties, mais plus simplement de s'opposer au modèle politique qui est peut-être en train de se mettre en place en refusant de confondre le contrat avec la philosophie contractualiste qui est purement et simplement une tromperie lorsque les parties ne sont plus de forces égales. Il ne s'agit pas plus de s'opposer à ce que l'on appelle aujourd'hui la régulation. Le solidarisme contractuel est plus souvent qu'au début du siècle l'œuvre d'un juge, qui joue de quelques mécanismes correcteurs, que celle du législateur. La question est plutôt de déterminer le niveau de cette régulation : l'injustice flagrante et le désordre économique susceptibles de la rendre légitime ne sont pas les mêmes pour les libéraux et les autres<sup>122</sup>, et l'on sait que la régulation que prône les premiers peut en réalité aboutir au démantèlement de l'intervention étatique<sup>123</sup>. La question est aussi celle des objectifs qu'elle se fixe. Le discours libéral assujettit même la bonne foi à une exigence d'efficacité. C'est ainsi que l'on peut lire que la bonne foi, censée constituer le prolongement de la force obligatoire, n'est acceptable que si elle est destinée « à donner au contrat sa pleine efficacité »<sup>124</sup>. L'objectif du solidarisme contractuel n'est peut-être pas de céder à cet utilitarisme ambiant qui me semble avoir envahi la doctrine contemporaine en lui faisant oublier que le contrat, à l'image du don, est tout autant l'expression d'un lien social qu'il sert à mettre en scène que le support technique des échanges économiques<sup>125</sup>. Est-ce vraiment en s'excusant qu'il faut trop rarement soutenir que le contrat peut être aussi un instrument de civilité<sup>126</sup> ?

116. E. SCHANZE, « Symbiotic Contracts : Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Corporation », dans C. JÖRGES (ed.), *Franchising and the Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Nomos, 1991, p. 99.

117. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 mars 1996. *Bull. civ.*, III, n° 60, p. 41; *JCP* 1996, éd. G., I, 3958, no 1, obs. Ch. JAMIN; *Reu. trim. dr. cit.*, 1996, p. 580, n° 4, obs. J. HAUSER; *Ibid.*, p. 897, no 6, obs. J. MESTRE; *Ibid.*, p. 1204, n° 3, obs. J.-P. MARGUENAUD; *DS* 1987, p. 167, note B. DE LAMY.

118. Voir par ex., S. DION-LOYE, *Les pauvres et le droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1997.

119. L. DEPAMBOUR-TARASIE, « Quelques remarques sur les juristes français et l'idée de marché dans l'histoire », *Arch. philo. droit*, t. 40, p. 279.

120. M. CASTELLS, *La société en réseaux*, Fayard, 1998, p. 525.

121. *La société fédatrice*, Albin Michel, rééd. 1994, p. 393.

122. Comp. Y. PICOD, art. précité, n° 3.

123. Voir K. POLYAN, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1983 (pour la traduction française).

124. L. AYRES, *Le devoir de renégocier*, art. précité, p. 19 (c'est moi qui souligne).

125. Voir cependant, A. BENABENT, « Rapport français », dans *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. 43, 1992, p. 291 et s., *in fine*. - *Addé, A. BENABENT*, « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *Les Petites Affiches*, n° 54, 6 mai 1998, p. 14.

126. Voir par ex., J. BEAUCHARD, « Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues », *Les Petites Affiches*, n° 2, 5 janvier 1998, p. 17, qui relève seulement *in fine* qu'il ne lui « paraît pas illégitime qu'on impose certaines formes, une certaine courtoisie ou civilité dans la rupture d'une relation de clientèle étroite, faite de confiance ou d'habitude. La brutalité doit être exclue, y compris des mœurs économiques ».

*Instituer un droit des relations contractuelles inégalitaires.* — Voici donc où nous mène le solidarisme contractuel contemporain : à un double refus d'une philosophie contractualiste, qui nous restitue curieusement un modèle féodal, et d'un utilitarisme ambiant, qui paraît l'emporter aujourd'hui chez de nombreux juristes français qui s'intéressent au droit des contrats. Mais peut-être n'est-il au fond qu'une tentative toujours renouvelée depuis Saleilles jusqu'au dédicataire de ces lignes<sup>127</sup> pour bâtir un droit des contrats fondé sur un postulat d'inégalité entre les parties, ce que ne peut concevoir la doctrine libérale et spiritualiste, mais que pratiquent sans trop s'en soucier le juge judiciaire quand il s'intéresse aux contrats d'adhésion<sup>128</sup>, ou le juge administratif qui oblige parfois l'administration contractante à « aider financièrement le cocontractant à exécuter le contrat »<sup>129</sup>. Et peut-être n'est-il aussi que l'expression d'un droit des contrats des classes moyennes qui préfèrent en matière contractuelle le modèle finaliste à ses homologues volontariste et providentialiste<sup>130</sup>.

127. Le projet de M. Ghestin n'est-il pas en effet de soumettre le contrat à un contrôle social (l'ordre public comme fondement et non comme limite à la liberté contractuelle) qui n'entérine l'œuvre des parties qu'à la condition qu'elle apparaisse à la fois juste et utile ?

128. Voir F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP* 1993, éd. G., I, 3673.

129. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, t. I, 13<sup>e</sup> éd., 1999, n° 1385, p. 1163 (c'est moi qui souligne).

130. J. KELLERHALS, M. MODAK, J.-F. PERRIN et M. SARDI, art. précité, spéci. p. 141 et s.

L  
des  
dét  
réd  
cet  
qui  
fait  
Le  
aya  
coi  
&  
coi  
coj  
his  
pau  
no  
lar  
co  
(Il  
ob  
ro

### ③ (les origines III)

*Loyauté, solidarité, fraternité :  
la nouvelle devise contractuelle ?*

DENIS MAZEAUD

*Retenu à l'issue 1999 p602*

1 / Il faut un brin d'insouciance pour s'essayer, sous prétexte de rendre hommage à un grand maître du droit privé, à une *n*-ième réflexion, positive et prospective, sur le droit des contrats. D'une part, on peut, sans fausse modestie, craindre que l'entreprise soit totalement vaine après toutes celles déjà menées à bien par quelques-unes des plumes les plus talentueuses de la doctrine contemporaine<sup>1</sup>. D'autre part, on sait que pareille tâche est particulièrement délicate tant il est vrai que, plus que tout autre, le droit des contrats, en raison de son hétérogénéité et de sa complexité, est rebelle sinon aux synthèses, du moins aux travaux qui ont pour dessein de mettre en lumière les traits significatifs de son évolution<sup>2</sup>.

2 / Une certaine dose d'inconscience est par ailleurs indispensable pour explorer l'univers contractuel et ses multiples planètes sous l'angle d'une devise « Loyauté, solidarité, fraternité » qui fleure bon une vision morale et sentimentale du droit des contrats. En effet, cette devise, qui ne semble en première analyse rien d'autre qu'une formulation un rien pompeuse de l'idée battue et rebattue de bonne foi, n'est pas exempte de vices et d'ambiguités.

1. Sans prétendre à l'exhaustivité, on citera J.-L. Aubert, *Le contrat*, Dalloz, « Connaissance du droit », 1996 ; L. Cadet, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, *Le droit contemporain des contrats*, 1987, p. 7 et s. ; G. Comu, *L'évolution du droit des contrats*, RIDC, 1979, Sté. lég. comp., vol. I, p. 447 et s. ; J. Ghosn, *L'utile et le juste*, D., 1982, p. 1 et s. ; La notion de contrat, *Droits*, 1990, n° 12, *Le contrat*, p. 9 et s. ; Ph. Le Tourneau, *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, Mél. P. Raynaud, 1985, p. 348 et s. ; J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, 1986, p. 41 et s. ; Ph. Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, *Le droit contemporain des contrats*, op. cit., p. 271 et s. ; C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ., 1997, p. 357 et s.

2. En ce sens, v. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, Cujas, 1998, spéc. n° 301.

La lecture des ouvrages et des traités contemporains ne laisse pas, elle non plus, l'impression d'une invasion des idées de bonne foi, de loyauté, de solidarité et de fraternité. Le traité de droit civil dirigé par Jacques Ghéislin<sup>1</sup> lui consacre royalement une quinzaine de pages sur les mille huit cents environ dans lesquelles sont exposés les règles et les principes qui gouvernent le droit des contrats. Philippe Malaurie et Laurent Aynès annoncent bien que la bonne foi est « un principe en expansion » mais lui offrent, à ce titre..., une page de leur livre consacré au droit des obligations<sup>2</sup>. Pour leur part, dans leur ouvrage<sup>3</sup>, François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette n'ignorent pas la place modeste qu'ils lui accordent, manifestations en droit positif, permet de penser qu'ils au regard de l'ensemble des développements, n'entendent pas lui décerner le label de principe phare du droit positif des contrats.

Arrêtons là le fastidieux inventaire ! Chacun pourra aisément constater que les ouvrages cités donnent une image fidèle de la manière dont les auteurs traitent aujourd'hui la bonne foi dans leurs manuels et traités<sup>4</sup>. Certes, à cette discréétion d'une grande majorité de la doctrine, qui dissimule une hostilité à peine masquée, on peut opposer les écrits de quelques auteurs qui élèvent la bonne foi au rang de principe essentiel du droit contemporain des contrats<sup>5</sup>. Certes... mais, sauf à se tromper, il faut bien admettre que cette doctrine dévouée à la cause de la bonne foi et sensible aux

1. Ainsi, dans le numéro de la revue *Droits* publié en 1990 et consacré au contrat, ni les historiens du droit, ni les publicistes, ni les privatisistes ne font allusion à la bonne foi.  
 2. *La formation du contrat*, LGDJ, 1993, spéc. p. 231 et ss.; *Les effets du contrat*, LGDJ, 1994, p. 286 et ss.  
 3. Op. cit., n° 622.  
 4. *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 1996, spéc. n° 414 et ss.  
 5. Pour une confirmation du traitement de la bonne foi en mode mineur, V. J. Carbonnier qui affirme que la notion est plus doctrinale que jurisprudentielle (*Droit civil. Les obligations*, PUF, 1998, spéc. p. 219). Dans les autres ouvrages, la bonne foi est soit « liquidée » en quelques lignes (H. L. J. Marezau et F. Chabas, *Léons de droit civil. Obligations*, Montchrestien, 1998, spéc. n° 730-2), soit expédiée en quelques pages (A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 1997, spéc. n° 87 et 285; Ch. Larroumet, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Economica, 1998, spéc. n° 594; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Les obligations. Contrat*, Littce, 1998, spéc. n° 1380 et ss.).

L'ouvrage de MM. J. Flour et J.-L. Aubert (*Droit civil. Les obligations*, Armand Colin, 1996) mérite une attention particulière car les auteurs s'y montrent radicalement opposés à l'exploitation de l'article 1134, alinéa 3, et de la notion de bonne foi par le juge, sans pour autant être opposés à l'existence d'un devoir de loyauté qui trouverait son support textuel dans l'article 1135 du Code.

6. Notamment R. Desgordes, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, thèse, Paris II, 1992; Ch. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 45 et ss.; Ph. Le Tournear, *ed. loc.*; J. Mestre, dans sa chronique « Obligations en général » à la *Revue trimestrielle de droit civil* (on relèvera qu'avant que cet auteur n'en prenne la responsabilité, la bonne foi n'avait quasiment pas droit de cité dans ladite chronique); Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989 ; L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP*, 1988, I, 3318 ; L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, spéc. p. 57 et ss.; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, 1998, spéc. n° 55; C. Thibierge-Guelfucci, *ed. loc.*

Ensuite, la devise choisie pour mener les investigations contractuelles qui vont suivre pâtit sans aucun doute de l'effet de mode qui caractérise la bonne foi et de la très faible charge normative des trois éléments qui la composent. En somme, prétendre décrypter les traits essentiels du droit des contrats en s'appuyant sur des notions sentimentales, c'est prendre le risque d'accepter d'observer le droit contractuel à travers un prisme déformant... Enfin, prendre comme point d'appui d'une réflexion sur le contrat cette devise, matrice d'un droit vertueux et généreux, conduit nécessairement à s'exposer au reproche de contribuer à l'entreprise de déstabilisation qui ébranle les colonnes du temple contractuel, et de promouvoir le déclin de la liberté contractuelle et l'affaissement de la sécurité juridique.

Aussi, en noircissant à dessin le tableau, pourrait-on nous reprocher de nous focaliser sur une devise qui, tout à la fois, au mieux, illustre une tendance tout à fait discutable dans son principe et contestable dans sa portée, et qui, au pire, constitue le support d'un manifeste finaliste anticontractuel ! 3 / Quant au premier grief selon lequel l'idée d'un droit contractuel imprégné par les idées de loyauté, de fraternité et de solidarité serait une vue de l'esprit, le fruit d'une vision utopique et angélique des rapports économiques et sociaux, en somme un fantasmagorie doctrinal, il faut bien reconnaître que certains éléments sont susceptibles de lui conférer une certaine pertinence. Ainsi, lorsque l'on se penche sur la notion très médiatique de bonne foi, qui constitue le ferment de notre devise, on ne peut manquer d'être surpris par l'écho assez faible qu'elle reçoit finalement en doctrine, à quelques fameuses exceptions près, bien sûr.

Certes, l'absence totale de référence à l'éthique contractuelle que traduit l'idée de bonne foi chez les auteurs du XIX<sup>e</sup> et de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle ne saurait surprendre. Il est en effet acquis que le phénomène de moralisation du droit des contrats n'a pas, ou très peu, intéressé la doctrine avant ces trente dernières années<sup>1</sup>. Mais ce qui est plus surprenant, c'est de constater que la doctrine contemporaine est loin d'être unanime dans le traitement du phénomène en question. Ainsi, moult travaux récents, qui ont pour dessein de relater les évolutions et les mutations les plus intéressantes du droit des contrats, occultent<sup>2</sup> ou se contentent d'évoquer sommairement la doctrine contemporaine est

1. Ainsi, P. Durand (La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, *RTD civ.* 1944, p. 87 et ss.; L. Josserand (*Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, Sirey, 1937) ou R. Savatier (*Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1964, spéc. p. 20 et ss.) ne se préoccupent absolument pas de moralité contractuelle et ne pient rien sur la bonne foi. Quant à G. Rijpert, s'il n'oublie point les considérations morales de sa réflexion contractuelle (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, spéc. p. 37 et ss.), il ne fait guère allusion aux idées de loyauté, de solidarité et de fraternité, du moins dans leur sens contemporain.

2. En ce sens, v. L. Cadet, op. cit.; G. Cormu, *ed. loc.*; J. Ghéislin, *ed. loc.*

et de fraternité contractuelles, on constate que rares sont les pays qui résistent à sa séduction. À cet égard les récents travaux de l'Association Henri-Capitant consacrés à la bonne foi révèlent que des pays tels l'Argentine, le Brésil, le Canada, le Japon, la Pologne ou la Turquie ont succombé à ses charmes.

De plus, l'examen des différents corps de règles qui, dans l'ordre international, constituent autant de réalisations et de projets d'unification ou d'harmonisation du droit européen ou international des contrats confirme que la tendance favorable au respect d'une éthique contractuelle n'est ni un leurre, ni une utopie. En allant du réel au virtuel, et sans souci d'exhaustivité, on rappellera d'abord que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>2</sup> use sans modération dans ses dispositions substantielles de la notion de bonne foi qui, par ailleurs, « constitue l'une des bases fondamentales de la *lex mercatoria*<sup>3</sup> » et « est particulièrement présente, voire enjambante, dans les sentences qui déclarent se fonder sur (...) ce précédent ordre juridique ». Codification privée des contrats commerciaux internationaux, les principes d'Unidroit<sup>4</sup> édictent, sous la forme d'une règle générale et impérative, dans leur article 1.7, l'obligation de se comporter de bonne foi à la charge des contractants. Enfin, les principes du droit européen du contrat élaborés par la Commission Lando qui, eux, ont vocation à constituer à plus ou moins long terme un véritable droit européen des contrats<sup>5</sup>, ont fait un large accueil aux idées que véhicule la bonne foi. Aux termes de l'article 1 : 201, alinéa 1 : « Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. » Et, mieux encore, l'article 1 : 202 dispose que « Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet ».

Tout compte fait, il ne semble donc pas excessif, à l'issue de ce survol de différents systèmes juridiques, d'affirmer que la bonne foi et les idées qui s'en réclament jouissent désormais d'une certaine universalité, laquelle devrait rassurer les sceptiques et décourager les critiques.

On pressent déjà les objections : comparaison n'est pas raison et, comme

1. Autrement dit, les manuels de droit positif.

2. D'ailleurs, dans son *Histoire du droit privé français depuis 1804* (PUF, 1996), Jean-Louis Halpérin, lorsqu'il se penche sur les métamorphoses du droit des obligations (spéc. n° 234 et s.), ne consent qu'une très discrète allusion à la bonne foi.

3. Pour le détail de cette argumentation, v. infra, *passim*.

4. Or, il n'est pas interdit de penser que si le droit français des contrats se singularise par trop et que ses solutions tranchent avec ce que l'on pourrait appeler le fonds commun du droit des contrats sur le plan international, les opérateurs s'y détourneront.

5. M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, « Droit des affaires », 1993, spéc. p. 119.

6. I. de Lambertene, G. Rouquette et D. Tallon, *Les principes du droit européen du contrat*, La Documentation française, spéc. p. 53.

7. En ce sens, I. de Lambertene, G. Rouquette et D. Tallon, *op. cit.*, p. 54 ; add. Ch. Jamain, *ed.* loc., spéc. n° 49.

1. Op. cit., *passim*.

2. Sur laquelle v. par ex. B. Audit, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, « Droit des affaires », 1990 ; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, GIEN-Joly, 1992.

3. Y. Lousouarn, La bonne foi, Rapport de synthèse, in *La bonne foi. Trav. Ass. H.-Capitant*, préc., p. 7 et s., spéc. p. 21.

4. P. Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, *Et. offertes à P. Belli*, p. 377 et s., spéc. n° 17.

5. Sur lesquels v. B. Fauvarque-Cosson, *Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, RIDC, 1998, p. 463 et s., spéc. n° 6 ; J. Huet, *Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit*, une nouvelle *lex mercatoria*, *Les Petites Affiches*, 10 novembre 1995, p. 8 et s. ; Ch. Laroumet, *La valeur des principes d'Unidroit applicables au contrat du commerce international*, *J.C.P* 1997, I. 4011.

6. Sur ce point, v. D. Tallon, *Vers un droit européen du contrat ?. Méth. offertes à A. Colomer*, Litec, p. 485 et s.

solidarité, fraternité », qui constitue l'avenir à un niveau communautaire, leur, encore faut-il convaincre que l'*ère du contrat-providence* (I), qu'il incarne, n'engendre pas fatidiquement le *spectre du contrat sans confiance* (II), tâche à laquelle il est désormais temps de s'atteler.

\* D'une part, les règles matérielles de droit international d'origine non étagique apparaissent comme les règles d'un club dont les membres doivent agir de bonne foi (...) à peine d'être mis au ban de la société internationale. D'autre part, le droit du commerce international possède un vecteur idéal de développement du principe de bonne foi : l'arbitrage, les arbitres ayant sur les juges étratiques l'avantage de ne pas être les gardiens de l'ordonnancement d'un système juridique national.<sup>1</sup> Enfin, et surtout, l'admission sans réserve des idées de loyauté, de solidarité et de fraternité, au nom d'un mondialisme juridique, emporterait fatallement l'avènement d'un moralisme contractuel qui se traduirait inéluctablement par le déclin des vertus de prévisibilité et de sécurité qui confèrent au contrat son intérêt et sa raison d'être.

6 / Il n'est pas très difficile de répondre point par point à cette argumentation hexagonale et pessimiste. D'abord, même si l'isolement idéologique n'est pas une cause décisive de réforme, l'isolationnisme juridique ne paraît pas la voie la plus opportune dans un système où l'internationalisation des échanges est une réalité croissante. Ensuite, beaucoup des raisons invoquées pour justifier le succès de la bonne foi dans le droit du commerce international se retrouvent dans le droit du commerce interne. Enfin, l'argument récurrent de l'incompatibilité de la moralité contractuelle et de la sécurité juridique est un mythe auquel il conviendra une fois pour toutes de tordre le coup ; du moins s'y emploiera-t-on.

En tout cas, aucun de ces arguments ne nous semble de nature à faire échec, en dépit de la méfiance de la pratique, de la défiance de la doctrine majoritaire et de la relative timidité de la jurisprudence contemporaine, à la reconnaissance définitive de la devise « Loyauté, solidarité, fraternité » comme ligne force et idée directrice de notre droit contractuel contemporain. Devise dans laquelle se cristallise la doctrine du solidarisme contractuel, voie médiane entre un libéralisme sauvage et bête et un socialisme dirigiste et bigot, en vertu de laquelle l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel.

7 / Ce dépassement du contrat, qui induit la consécration de cette devise,

nous semble paré du sceau de la légitimité parce qu'il est conforme à l'intérêt

bien compris des contractants et nécessaire à la vitalité du contrat. Mais pour

promouvoir ce solidarisme contractuel, symbolisé par la devise « Loyauté,

### I. L'ère du contrat-providence

8 / Tel qu'il est écrit par la pratique, décrit par la doctrine et, parfois même, récrit par la jurisprudence, le contrat n'est pas encore devenu le « lieu de sociabilité »<sup>2</sup> et de solidarité que certains espèrent et d'autres redoutent. Il est encore bien souvent le produit d'un rapport de forces, la source d'excès et d'abus, et nombreux sont les contrats injustes, parce que manifestement déséquilibrés, qui ont force obligatoire entre ceux qui les ont conclus en toute inégalité et sans autre liberté que celle déployée par le contractant en situation de domination lors de la conception de l'« accord ».

Pourtant, même si la doctrine classique n'y prête pas encore beaucoup d'attention<sup>3</sup>, et si la jurisprudence regorge encore de décisions fidèles aux idées contractuelles classiques, cette vision individualiste et égoïste du rapport contractuel perd peu à peu du terrain. De façon assez habituelle désormais, la jurisprudence s'emploie, en imposant aux contractants un comportement loyal et honnête, à ce que « la sphère contractuelle ne soit pas une autre jungle où jouerait la loi du plus fort juridiquement, mais devienne un lieu "civilisé" », c'est-à-dire régi par un minimum de respect mutuel entre les cocontractants<sup>4</sup>. Outre ce civisme contractuel qui impose le droit positif, mais plus timidement, quelques dispositions légales et décisions jurisprudentielles adoptent une conception plus dynamique et exigeante de la bonne foi. Au nom d'un altruisme contractuel, respectueux des intérêts particuliers mais sensible à l'intérêt collectif des contractants et aux difficultés qui peuvent frapper chacun, se développe une « éthique contractuelle » fondée sur la fraternité et la solidarité. Le contrat est alors envisagé comme le creuset de l'intérêt commun des parties et le siège d'une union sacrée entre les contractants face à la crise qui peut frapper l'un des partenaires, ce qui se traduit par un double devoir de coopération<sup>5</sup> et d'abnégation.

Sans perdre de vue que, malgré quelques avancées significatives, il n'est pas encore sérieux de prétendre que l'on est définitivement entré dans l'ère du contrat-providence, il convient de s'arrêter sur cette nouvelle culture contractuelle selon laquelle, sans perdre ses vertus de prévisibilité et de sécurité, le contrat est aujourd'hui, ou sera, dans un avenir proche, *sociable* (A) et *solidaire* (B).

1. Le terme est emprunté à Alain Sériaux, *op. et loc. cit.*

2. V. *supra*, n° 3.

3. A. Bénabent, *op. et loc.*, p. 300.

4. L'expression est empruntée à Philippe Rémy, *op. loc.*, n° 30.

5. Sur lequel v. R. Demogue, *op. cit.*, n° 3 ; J. Mestr, *op. loc.*, p. 51 et s.

bution<sup>1</sup>. Destinée à compenser l'inégalité des partenaires lors de la gestation du contrat, l'information imposée par le législateur ou le juge entretient donc un lien extrêmement tenu avec le devoir de loyauté qui en constitue le fondement<sup>2</sup>, ainsi qu'en témoigne, entre autres, la jurisprudence qui fait reposer la réticence dolosive sur l'obligation de contracter de bonne foi<sup>3</sup>. Les juges se montrent d'ailleurs extrêmement exigeants dans l'appréciation du respect de l'obligation précontractuelle d'information que la loyauté contractuelle implique : ainsi, les négociateurs doivent informer promptement et complètement leurs interlocuteurs sur tous les éléments dont dépend le sort de la négociation contractuelle. Particulièrement, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation dans quelques arrêts diversement estimés<sup>4</sup>, l'obligation de négocier de bonne foi constraint celui des partenaires qui détiennent des informations sur la valeur réelle de la chose, objet de la convention, à les communiquer à l'autre et, ainsi, à le prévenir qu'il fait une mauvaise affaire. La violation de cette obligation n'emporte pas nécessairement l'anéantissement du contrat. Dans l'arrêt du 27 février 1996<sup>5</sup>, le cessionnaire, qui s'était bien gardé d'informer le céant de la valeur réelle des parts qu'il lui achetait, a été condamné à lui verser une importante somme de dommages-intérêts, et le juge a ainsi restauré l'équilibre contractuel rompu par la déloyauté du « sachant ». Il n'est pas sans intérêt de relever que le manquement à la loyauté, même lorsqu'il intervient au stade précontractuel, peut donc se solder par la révision judiciaire du contrat. On comprendra mieux alors, sans pour autant les partager, les craintes de ceux qui redoutent qu'un excès de moralité contractuelle soit nécessairement synonyme d'interventionnisme judiciaire et, partant, d'insécurité juridique.

L'exigence de transparence constitue, par ailleurs, un critère qui permet de déterminer, entre les dispositions contractuelles, celles dont pourra se prévaloir le contractant qui a rédigé unilatéralement le contrat et celles qui seront inopposables à son cocontractant. Ainsi, c'est parce que certains contractants, qu'ils soient consommateurs ou professionnels d'ailleurs, sont dans l'incapacité intellectuelle ou économique de négocier ou d'apprécier les risques du contrat, et que l'opacité de l'*instrumentum* préfigure souvent un déséquilibre contractuel, que la loi et la jurisprudence soumettent la validité ou l'efficacité de quelques clauses, soit à leur apparence formelle dans l'*instrumentum*<sup>6</sup>.

1. Y. Lousouarn, *op. cit.*, p. 12.  
2. En ce sens, pour les contrats-cadres de distribution, v. Th. Revet, *Les apports au droit des relations de dépendance, in La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les accords de l'Assemblée plénière*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1997.

3. Ph. Le Tournear, *Existe-t-il une morale des affaires ?*, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 7 et s., spéc. n° 16.

4. Sur ce point, v. G. Comu, *L'évolution du droit des contrats en France*, préc., spéc. n° 17 et s.

5. V. par ex. E. Garraud, *La transparence en matière commerciale*, thèse dacryl, Limoges, 1997 ; J. Mestre, *Transparence et droit des contrats*, in *La transparence*, Rev. jur. com., 1993, numéro spécial, p. 77 et s., spéc. p. 84 et 85 ; N. Vignal, *La transparence en droit privé des contrats*, PUAM, 1998.

6. Sur laquelle v. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Essai d'une théorie, LGDJ, 1992 ; P. Jourdain, *Le devoir de se renseigner*, D., 1983, chron., p. 139 et s. ; J. Mestre, *Le consentement du professionnel dans la jurisprudence contemporaine*, M&F, Demidé - A. Breton, 1991, p. 249 ; B. Rudden, *Le juste et l'inéfice : pour un non-devoir de renseignement*, RTD civ. 1985, p. 91 et s.

7. Art. L. 111-1 du Code de la consommation. À ce texte de portée générale, on peut ajouter ceux qui établissent un formalisme informatif au profit des consommateurs qui souscrivent à des contrats de crédit à la consommation et des contrats de crédit immobilier (sur ces textes, v. L. Ayné, Formalisme et prévention, in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1992, p. 63 et s.).

#### A / Le contrat « sociable »

9 / Dans sa version classique et basique, la bonne foi peut être définie comme « une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante »<sup>1</sup>. Au fond, ce devoir de loyauté, que la jurisprudence impose avec plus ou moins de vigueur, d'intensité et de constance à tous les stades du processus contractuel, témoigne du réalisme de notre droit contemporain des contrats qui s'est émancipé des vieilles lunes sur lesquelles reposait l'utopie contractuelle d'autan. Plus ou moins séchement et nettement, la rupture a ainsi été consommée avec le mythe de l'autonomie de la volonté et les postulats d'égalité et de liberté contractuelles<sup>2</sup>. Et le devoir de loyauté contractuelle, au terme duquel les cocontractants doivent être traités « comme des partenaires et non comme des proies »<sup>3</sup>, des « dindons » ou des adversaires, traduit fidèlement cette mutation des postulats sur lesquels repose l'apprehension de la réalité contractuelle en droit positif. L'inégalité et la dépendance qui président parfois à la conception du contrat sont corrigées et compensées par cet impératif moral qui contribue ainsi à restaurer une certaine justice contractuelle et qui, non sans une certaine harmonie, complète la politique législative de protection unilatérale menée depuis une trentaine d'années<sup>4</sup>.

10 / C'est d'abord le devoir de *transparence*, commandement essentiel de notre droit contractuel qui a déjà suscité une très abondante littérature<sup>5</sup>, sur laquelle il importe d'insister, en vue d'apprécier l'importance du rôle tenu par le devoir de loyauté.

Dans cette perspective, il suffit de rappeler, tant elle est célèbre, l'existence de l'obligation précontractuelle d'information<sup>6</sup> que la jurisprudence a découverte et développée et que le législateur a utilisée comme instrument de dissuasion contractuelle et comme technique de prévention des risques de déséquilibre dans les contrats de consommation<sup>7</sup> et de distribution.

1. Y. Lousouarn, *op. cit.*, p. 12.  
2. En ce sens, pour les contrats-cadres de distribution, v. Th. Revet, *Les apports au droit des relations de dépendance, in La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les accords de l'Assemblée plénière*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1997.

3. Ph. Le Tournear, *Existe-t-il une morale des affaires ?*, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 7 et s., spéc. n° 16.

4. Sur ce point, v. G. Comu, *L'évolution du droit des contrats en France*, préc., spéc. n° 17 et s.

5. V. par ex. E. Garraud, *La transparence en matière commerciale*, thèse dacryl, Limoges, 1997 ; J. Mestre, *Transparence et droit des contrats*, in *La transparence*, Rev. jur. com., 1993, numéro spécial, p. 77 et s., spéc. p. 84 et 85 ; N. Vignal, *La transparence en droit privé des contrats*, PUAM, 1998.

6. Sur laquelle v. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Essai d'une théorie, LGDJ, 1992 ; P. Jourdain, *Le devoir de se renseigner*, D., 1983, chron., p. 139 et s. ; J. Mestre, *Le consentement du professionnel dans la jurisprudence contemporaine*, M&F, Demidé - A. Breton, 1991, p. 249 ; B. Rudden, *Le juste et l'inéfice : pour un non-devoir de renseignement*, RTD civ. 1985, p. 91 et s.

7. Art. L. 111-1 du Code de la consommation. À ce texte de portée générale, on peut ajouter ceux qui établissent un formalisme informatif au profit des consommateurs qui souscrivent à des contrats de crédit à la consommation et des contrats de crédit immobilier (sur ces textes, v. L. Ayné, Formalisme et prévention, in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1992, p. 63 et s.).

1. Art. 1, al. 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1989, dite loi Doubin (sur ce texte, v. Ph. Neuillet, *La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin*, JCP, 1998, *Calibre du droit de l'entreprise*, n° 2, p. 27 et s. ; G. Virrasamy, *La moralisation des contrats de distribution*, JCP, éd. E, 1990, II, 15809).

2. En ce sens, A. Sériaux, *op. cit.*, n° 22.

3. Sur cette jurisprudence, v. P. Jourdain, *La bonne foi dans les relations entre particuliers dans la formation du contrat – rapport français*, Trav. Ass. H. - Capitant, *op. cit.*, p. 121 et s., spéc. p. 123.

4. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 avril 1991 : RTD civ., 1992, 81, obs. J. Mestre ; Cass. com., 27 février 1996 : D., 1996, 518 note Ph. Malaurie ; JCP, éd. G, 1996, II, 22665, obs. J. Ghestin, et éd. E, II, 838, obs. D. Schmidt ; RTD civ., 1997, 114, obs. J. Mestre.

5. Préc.

qui gagne chaque jour du terrain, tant en droit de la consommation<sup>1</sup> ou de la distribution<sup>2</sup> qu'en droit commun<sup>3</sup>, celui-là imitant celui-ci à cette occasion<sup>4</sup>. Ainsi, à quelques reprises déjà, parce que l'importance des charges engendrées par l'engagement souscrit par un débiteur était disproportionnée au regard de ses ressources, la jurisprudence n'a pas hésité, soit à anéantir le contrat déséquilibré ou la clause<sup>5</sup>, cause de la disproportion, soit à restaurer l'équilibre contractuel en octroyant des dommages-intérêts au contractant qui s'était imprudemment et immodérément endetté. Et il est particulièrement édifiant de constater que, dans le déjà fameux arrêt *Marron*<sup>6</sup> qui constitue le joyau de cette série jurisprudentielle, la Cour de cassation a articulé sa motivation autour de la notion de bonne foi. Autrement dit, le rejet de la disproportionnalité s'inscrit de l'expérience de loyauté.

lement de dire qu'une clause qui confère à l'une des parties un avantage sans contrepartie et qui n'a d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire, est en droit inadmissible. » Or, à n'en pas douter, la clause abusive constitue le symbole de la déloyauté dont se rend coupable le professionnel qui exploite sa situation de supériorité dans l'élaboration du contrat pour y glisser des clauses qui emportent un déséquilibre significatif au détriment du consommateur. Certes, la notion de bonne foi n'est pas un élément constitutif de la notion de clause abusive. Il peut donc sembler excessif d'évoquer ce sanctuaire du droit de la consommation pour étayer notre propos. Toutefois, il ne fait pas de doute que la réaction en deux temps du législateur consumérliste a eu pour dessin de lutter contre l'immoralité qui consiste de la part du contractant professionnel à exploiter sa situation dominante pour modeler le contrat à son profit exclusif, et que l'hypothèse d'un déséquilibre contractuel *significatif* provoqué sans arrière-pensée hégemונית relève de l'hypothèse d'école.

Dans une même optique, il faut mentionner l'idée de proportionnalité<sup>6</sup>

Dans une même opacité, il faut mentionner l'uece de proportionnalité.

- Condition que l'on retrouve posée, notamment à propos des clauses relatives à l'action en justice. En ce sens, v. L. Cadier, *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice*, in *Les principales clauses des contrats entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 193 et s., spéc. n° 49.
- Condition que l'on retrouve fréquemment posée à propos des clauses relatives à la responsabilité. En ce sens, v. Ph. Delbecq, *Les clauses de responsabilité*, in *Les principales clauses des contrats entre professionnels*, préc., p. 177 et s., spéc. n° 15.
- Pour une illustration jurisprudentielle récente relative à une clause d'exclusion de garantie, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 février 1996 : *Contrat, consommation*, 1996, commun. n° 94, obs. L. Levener ; Rép. Défenseur, 1996, 742, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.*, 1997, 119, obs. J. Mestre.
- F.-X. Testu Le juge et le contrat d'adhésion, *JCP*, 1993, 1-3676, spéc. n° 9.
- L. 10 janvier 1978 (sur ce texte, v. J.-P. Gridel, Remarques de principe sur l'article 35 de la loi 78-23 du 10 janvier 1978, *D.*, 1983, chron., p. 153) et L. 1<sup>er</sup> février 1995 (sur ce texte, v. J. Ghérisin et I. Marchesaux Van Melle, L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi du 1<sup>er</sup> février 1995, *JCP*, 1995, I-3854 ; D. Mazeaud, La loi du 1<sup>er</sup> février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ?, *Droit et peinture*, juin 1995, p. 42 et s.; G. Paisant, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1<sup>er</sup> février 1995, *D.*, 1995, chron., p. 99 ; F.-X. Testu, La transposition en droit intérieur de la directive communautaire sur les clauses abusives, *D. Aff.*, 1996, p. 372 et s.).
- Idée qui a été portée sur les fonds baptismaux par notre collègue Martine Behar-Touchais lors d'un colloque organisé, le 20 mars 1998, par le Centre de droit des affaires et de gestion de l'Faculté de droit de Paris V : Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *Les Petites*

1. Condition que l'on retrouve posée, notamment à propos des clauses relatives à l'action en justice. En ce sens, v. L. Cadet, *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice*, in *Les principales clauses des contrats entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 193 et s.s., spéc. n° 49.
2. Condition que l'on retrouve fréquemment posée à propos des clauses relatives à la responsabilité. En ce sens, v. ph. Delbecq, *Clauses de responsabilité*, in *Les principales clauses des contrats entre professionnels*, p. 177 et s.s., spéc. n° 15.
3. Pour une illustration jurisprudentielle récente relative à une clause d'exclusion de garantie, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 février 1996 ; *Contrat, concordat, consentement*, 1996, comm. n° 94, obs. L. Leveneur ;

**Définition.** 1996, 742, obs. J.-L. Aubert; *R&D civ.*, 1997, 119, obs. J. Mestré. **Spéc.** n° 9.

Le juge et le contrat d'adhésion. *JCP*, 1993, I, 3676. **Remarques de principe sur l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 (sur le contrat v. J.-P. Gridel).**

<sup>10</sup> loi 78-23 du 10 janvier 1978, *D.*, 1983, chron., p. 153) et L, 1<sup>er</sup> février 1995 (sur ce texte, v. J. Ghislain et I. Marchesaux Van Melle, *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses*

abusives après l'adoption de la loi du 1<sup>er</sup> Février 1995, *JCP*, 1995, I, 3854 ; D. Mazeaud, La loi du 1<sup>er</sup> Février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ?, *Droit et patin*.

moins, juin 1995, p. 42 et s.; G. Paillet, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi* du 1<sup>er</sup> février 1995, *D.*, 1995, chron., p. 99; F.-X. Tessu, *La transposition en droit interne de la*

<sup>6</sup> Idée qui a été portée sur les fonds baptismaux par notre collègue Martine Behar-Touchais dans une directive communautaire sur les clauses abusives, *D. Aff.*, 1990, p. 3/2 et s.

<sup>14</sup> Ainsi, dans un colloque organisé le 20 mars 1990, par le Centre de droit des affaires et de la gestion de l'université de Paris V : Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? *Les Petites Affiches*, 30 septembre 1998. V. aussi S. Pech-Le Gach, *La proportionnalité en droit privé*, thèse d'acryl...).

l'expiration des relations contractuelles<sup>1</sup>. Passons rapidement sur les clauses résolutoires expresses, dont on a déjà exposé qu'elles constituaient un terreau fertile pour la loyauté contractuelle, et contentons-nous d'indiquer cette autre série jurisprudentielle dans laquelle la mauvaise foi du créancier découle de l'incohérence de son comportement. C'est ce qu'a décidé à plusieurs reprises la Cour de cassation lorsque, après avoir fait preuve de beaucoup de patience à l'égard de son débiteur récalcitrant et ainsi fait naître chez celui-ci la croyance légitime d'une inexécution indolore, un créancier se ravise brutalement et réclame le jeu de la rigoureuse peine privée contractuelle<sup>2</sup>.

L'incohérence du contractant dominant peut par ailleurs conduire à assurer une certaine stabilité du lien contractuel. On songe ici à la délicate question du régime de la cessation des relations contractuelles qui unissent fabricants et distributeurs<sup>3</sup>. L'imperatif de liberté de la concurrence incite la jurisprudence à privilégier, en matière de contrats de distribution, la précarité contractuelle, et la conduit donc à ne pas entraver la liberté du concédant dans l'organisation de son réseau. Concrètement, rares sont les arrêts de la Cour de cassation dans lesquels le droit du concédant de ne pas maintenir ou de ne pas renouveler le contrat de concession est jugué<sup>4</sup>. Cependant, lorsque le concédant incite son concessionnaire à effectuer de lourds investissements, la résiliation ou le non-renouvellement de la concession, en dépit des importants efforts financiers consentis par ce dernier dans l'espoir de conserver sa situation contractuelle, peut dans certains cas emporter la responsabilité de celui-là pour rupture déloyale du contrat<sup>5</sup>. La déloyauté découlant alors de l'incohérence de l'attitude du concédant. En incitant son partenaire à procéder à d'importants investissements financiers, il fait naître chez ce dernier une confiance légitime au maintien ou au renouvellement de son contrat. Si cette confiance est trahie, le comportement de giroquette du concédant est constitutif d'un abus, et une certaine pérennité du lien contractuel, d'expression essentiellement indemnitaire<sup>6</sup>, se substituera alors à sa précarité naturelle. Il convient alors, en effet, de réparer le préjudice excessif, qui s'ajoute à celui que cause fatidiquement la rupture au concessionnaire, engendré par l'exercice abusif de la liberté contractuelle reconnue au concédant.

C'est par le biais de la loyauté que le juge peut modérer l'exercice de cette clause dont le dessin est pourtant d'évincer le juge de l'appréciation des conséquences juridiques de l'inexécution : « Antidote harmonieux : la force que le premier alinéa de l'article 1134 imprime à la clause résolutoire expresse trouve son frein naturel dans la disposition finale du texte.<sup>7</sup> Et les juges ne se font pas prier pour rappeler le créancier à la décence et pour écarter le jeu de la clause, quand les modalités de son exercice révèlent le mépris total dont celui-ci a fait preuve à l'égard des intérêts de son débiteur<sup>8</sup>, à tel point qu'il a même été affirmé qu'il s'agissait de « la seule série jurisprudentielle (fondée sur l'article 1134, al. 3) digne de ce nom »<sup>9</sup>.

Au fond, la décence qui s'impose en matière contractuelle, et qui s'infère de l'idée de loyauté, revient à exiger du maître du contrat, entre les mains duquel le sort de la relation contractuelle est abandonné, qu'il exerce de bonne foi son pouvoir exorbitant, afin que le contrat, unilatéralement et intégralement conçu, ne soit pas confisqué dans son intérêt exclusif, au mépris total de l'intérêt du contractant dépendant.

12 / C'est, enfin, une exigence de cohérence<sup>10</sup> qui doit imprégner les cocontractants au nom du civisme contractuel minimum auquel ils sont

astreints.

Devoir de cohérence qui implique, en premier lieu, que chaque partie fasse preuve d'une certaine constance dans son comportement, notamment lorsque son attitude a fait naître une confiance légitime dans l'esprit de son interlocuteur. Les illustrations de cette idée sont légion en droit positif.

La période précontractuelle, par exemple, en est aujourd'hui fortement imprégnée. Certes, au stade de la négociation du lien contractuel, priorité est laissée à la liberté de ne pas contracter, mais on sait que cette liberté est désormais canalisée dans un souci de loyauté et de sécurité<sup>11</sup>. Ainsi, lorsque les pourparlers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure<sup>12</sup>, en d'autres termes lorsque l'intention de contracter s'est concrétisée par une négociation durable et courtoise et a donc créé une apparence de volonté ferme de conclure, la rupture soudaine des discussions est susceptible d'en-gager la responsabilité du négociateur inconstant<sup>13</sup>. On retrouve, dans une moindre mesure semble-t-il, cette exigence de cohérence, dans la phase de

1. G. Cormu, obs. sous Cas. civ. 3<sup>e</sup>, 29 juin 1976, RTD civ., 1977, 340.  
2. Pour de multiples applications de cette idée en jurisprudence, v. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, spéc. n° 400 et s.; C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, précis; Y. Picod, *La clause résolutoire et la règle morale*, JCP, 1990, I, 3447.

3. F.-X. Tesu, *ed. loc.*, n° 39. Affirmation qui, soit dit en passant, accréditerait l'idée qu'aujourd'hui encore la bonne foi est plus un fantasme doctrinal qu'une réalité jurisprudentielle.

4. Sur ce point, v. B. Fages, *Le comportement du contractant*, PU Aix-Marseille, 1997, n° 592 et s.

5. En ce sens, v. B. Lassalle, *Les pourparlers*, RRJ, 1992, 285 et s.; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PU Aix-Marseille, 1992, *passim*; D. Mazeaud, *La genèse du contrat ; un régime de liberté surveillée*, *Droit et patrimoine*, juillet-août 1996, p. 44 et s.

6. Riott, 10 juin 1992, RTD civ., 1993, 343, obs. J. Mestre.

7. Pour des illustrations récentes, v. Cas. civ. 1<sup>e</sup>, 6 janvier 1998, *Droit et patrimoine*, avril 1998, 92, obs. P. Chauvel; Rfp. Défensif, 1998, 741, obs. D. Mazeaud.

1. Sur ce sujet, v. *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, op. cit., p. 13 et s.

2. En ce sens, v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 1987, JCP, 1988, II, 21 037, obs. Y. Picod; RTD civ., 1998, 122, obs. J. Mestre, et 146, obs. Ph. Rémy; Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 31 janvier 1995; D., 1995, 389, note C. Jamin et somm. comm., 230, obs. D. Mazeaud; RTD civ., 1995, 623, obs. J. Mestre; 16 avril 1996, RJD, 1996, 1008.

3. Sur ce sujet, v. J. Mestre, *Résiliation unitaire et non-renouvellement dans les contrats de distribution*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, op. cit., p. 227 et s.

4. En ce sens, J. Mestre, *op. et loc. cit.*; M.-E. Pancrazi-Tian, op. cit., n° 159, obs.

5. En ce sens, v. Cass. com., 5 avril 1994, *Contrat, conc., 1994*, commun. n° 159, obs. D. Mazeaud; JCP, L. Leveneur; D., 1995, somm. comm., p. 69, obs. D. Ferrier, et p. 90, obs. D. Mazeaud; JCP, C. Jamin; D., 1994, 1.3803, obs. C. Jamin; RTD riv., 1994, 603, obs. J. Mestre; 20 janvier 1998, D., 1998, note C. Jamin; D., 1999, somm. comm., p. 114, obs. D. Mazeaud. Compr. pour un contrat à durée déterminée, Cass. com., 4 janvier 1994, *Contrat, conc., 1994*, commun. n° 69, obs. L. Leveillé; D., 1994, 1.3757, obs. C. Jamin; RTD civ., 1994, I, 355, note G. Virassamy; JCP, 1994, I, 355, note G. Virassamy; obs. J. Mestre.

6. Selon le mot de J. Mestre, in RTD civ., 1992, 395.

Cette exigence de cohérence qui innervé notre droit contractuel contemporain tempère, en second lieu, la liberté des contractants, particulièrement celle du cocontractant que sa situation autorise à élaborer unilatéralement le lien contractuel, dans la détermination du contenu du contrat<sup>1</sup>. On peut, en effet, légitimement penser que l'idée selon laquelle doit être préservé un minimum de cohérence contractuelle justifie la jurisprudence spectaculaire qui pourchasse sans relâche les clauses qui font dégénérer les obligations en une simple illusion pour le créancier. C'est bien dans cet esprit, nous semble-t-il, que la Cour de cassation a réputé non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans son contrat par la société Chronopost<sup>2</sup> : parce qu'elle réduisait à une peau de chagrin la sanction de l'inexécution de l'engagement de ponctualité souscrit à grand renfort de publicité par les maîtres du temps et dans lequel se cristallisait l'essentiel de l'économie du contrat, et qu'ainsi elle privait le contrat de substance et de cohérence, la clause est, au nom de la cause, judiciairement rayée de la charte contractuelle. Et c'est un raisonnement identique qui a conduit la Cour de cassation à annuler ou réputer non écrites les clauses d'allégement des obligations quand elles éludent une obligation essentielle<sup>3</sup>, ainsi que les clauses de réclamation de la victime<sup>4</sup> et de limitation de garantie stipulées au détriment des assurés dans les contrats d'assurances de responsabilité civile professionnelle<sup>5</sup> parce qu'elles conduisent à « stériliser l'assurance (...) dans les cas les plus graves »<sup>6</sup>.

Au fond, cette exigence de cohérence, qui a pour support technique la notion de cause objective, revient à limiter la liberté contractuelle ; précisément, cette liberté ne peut affecter le cœur du contrat, c'est-à-dire les obligations fondamentales qu'il engendre naturellement ou artificiellement<sup>7</sup>. Ces obligations sont intouchables, imperméables à la volonté des contractants. La liberté contractuelle d'aménager la densité des obligations, les modalités de leur exécution ou les sanctions de leur inexécution s'arrête donc, au nom de l'exigence de cohérence et sur le fondement de la cause, là où commence l'essence du contrat.

13 / Transparency, décence et cohérence sont donc les trois fleurons du devoir de loyauté dont la vitalité contribue à faire du contrat un « lieu de sociabilité »<sup>1</sup>. Mais certains développent, au nom de la bonne foi, une morale contractuelle autrement plus exigeante et dynamique. Il ne s'agit plus simplement, sur un mode négatif, de pourchasser les comportements qui révèlent une malveillance de la part de celui qui les adopte mais d'imposer un certain dépassement contractuel qui s'exprimerait par des devoirs de solidarité et de fraternité à la charge des contractants<sup>2</sup>. Creuset de l'intérêt commun, le contrat serait alors animé par un esprit de collaboration, de coopération qui intégrerait même, dans les cas extrêmes, une certaine morale du renoncement. C'est sur cette vision du *contrat solidaire* qu'il faut maintenant se pencher.

#### B / Le contrat « solidaire »

14 / On le pressent, l'objectif poursuivi par ceux qui en appellent à la solidarité et à la fraternité contractuelles est autrement plus ambitieux que le seul projet de faire régner dans le contrat un esprit civique incompatible avec les comportements abusifs et déloyaux. Il s'agit de suivre les illustres commandements de René Demogue pour qui « les contrats forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme (ou davantage) des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer une certaine union »<sup>3</sup>. Dans cette perspective, que quelques auteurs ont reprise à leur compte<sup>4</sup> mais dont il serait imprudent d'affirmer qu'elle a totalement infléchi le droit positif, l'altruisme et l'entraide deviennent des vertus contractuelles majeures qui se traduisent par des devoirs de coopération et d'abnégation, plus ou moins intenses selon la situation dans laquelle se trouvent les partenaires.

15 / Dans le meilleur des cas, c'est-à-dire lorsque aucun événement imprévu n'est venu fragiliser la situation respective des parties au contrat, l'esprit de solidarité, qu'implique une lecture dynamique de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, et que justifie l'inégalité structurelle qui caractérise nombre de relations contractuelles, s'exprime par le devoir d'assistance à autrui. L'idée-force qui domine ici est, ainsi que la Cour de cassation l'a affirmé dans un arrêt récent<sup>5</sup>, que le débiteur est tenu d'exécuter le contrat au mieux des intérêts de son créancier. Les contractants ne peuvent donc pas se confiner égoïstement dans une lecture desséchante de la lettre du contrat ; ils doivent

1. Sur ce point, v. B. Fages, *op. cit.*, n° 610.  
2. Cass. com., 22 octobre 1996. *Contrats, cause, consommation*, février 1997, comm. n° 24, obs. L. Levêque ; D., 1997, 121, note A. Sériaux ; somm. comm. 175, obs. P. Delobecque ; *Rap. Déf. noit.* 1997, 333, obs. D. Mazaoud ; *JCP*, 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan ; 40025, obs. G. Viney ; II, 22881, obs. D. Cohen ; *Les Parties Affiches*, 18 juin 1997, n° 73, p. 30, obs. D.-R. Martin ; *RTD civ.*, 1997, 418, obs. J. Mestre ; addit. P. Delobecque, Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ?, *D. Aff.*, 1997, 235 ; C. Laroumet, Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, *D.*, 1997, 145.

3. En ce sens, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 février 1994, D., 1995, 214, et note N. Dion ; *JCP*, 1994, I, 3809, obs. G. Viney ; *RTD civ.*, 1994, 617, obs. P. Jourdain.

4. En ce sens, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1990, *JCP*, 1991, I, 3778, obs. J. Bigot ; *RTD civ.*, 1991, 325, obs. J. Mestre.

5. En ce sens, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 1997, *JCP*, 1997, II, 10018, rapport P. Sargos.

6. G. Viney, La clause dite de réclamation de la victime en assurance de responsabilité, *JCP*, 1997, I, 3778, spéc. n° 16.

7. Sur ce point, v. P. Jestaz, L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, *Méth. p. Reynaud*, 1985, 272.

1. A. Sériaux, *op. cit.*

2. En ce sens, v. entre autres, R. Demogue, *op. cit.*, *passim* ; Ch. Jamin, *ed. loc.*, *passim* ; J. Mestre, obs. in *RTD civ.*, 1986, 100 ; L'évolution du contrat en droit privé français, *op. cit.*, *passim* ; Y. Picod, *op. cit.*, *passim* ; A. Sériaux, *op. et loc. cit.* ; C. Thibierge-Gueffucci, *ed. loc.*, *passim*.

3.

4.

V. les auteurs cités à la note 26.

5. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1996, *Rap. Défenseur*, 1996, 1007, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 1997, 425, obs. J. Mestre.

s'inspirer de son esprit en vue de satisfaire les intérêts de leurs cocontractants. Au fond, pour être conforme à l'exigence de solidarité que notre droit positif poursuit, l'exécution du contrat doit permettre au créancier d'en retirer toute l'utilité et tout l'intérêt auxquels il pouvait légitimement aspirer.

C'est ainsi que pèse sur le contractant le plus puissant économiquement, le sachant, l'initié, un devoir de conseil, qui se superpose à l'obligation précontractuelle d'information, fût-elle d'origine légale<sup>1</sup>. A ce titre il doit notamment renseigner le contractant dominé et dépendant sur l'opportunité de conclure le contrat, sur les risques qu'engendrerait sa conclusion<sup>2</sup>, sur les précautions que supposeraient son exécution<sup>3</sup> et, lorsque cela apparaît nécessaire, l'inciter à ne pas conclure, voire refuser purement et simplement de contracter.

Le contractant en état de supériorité économique, intellectuelle ou technique doit, en outre, s'astreindre à une obligation de renseignements qui perdure jusqu'à l'expiration du contrat et qui est une illustration topique de l'esprit de coopération qui doit animer le contrat envisagé comme un cercle de solidarité<sup>4</sup>. En effet, comme le soulignait Demogue, « une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat »<sup>5</sup>. La nature particulière de certains contrats<sup>6</sup> implique d'ailleurs un dialogue permanent entre les partenaires et une véritable assistance technique tout au long du processus contractuel<sup>7</sup> plusieurs fois le monologue qui sied aux relations de dépendance.

Sous forme de principe, on peut ainsi avancer que l'esprit de solidarité contractuelle oblige chaque contractant à faire preuve d'un esprit de coopération tel que son cocontractant puisse, d'une part, profiter de la prestation exécutée à son profit<sup>8</sup>, d'autre part, exécuter sans difficulté ses propres obligations<sup>9</sup>.

<sup>1</sup>. En ce sens, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, D., 1995, 621, obs. S. Piédellière ; Rep. Définois, 1995, 1416, obs. D. Mazeaud ; JCP, éd. E, 1996, II, 772, obs. D. Legais ; RTD civ., 1996, 384, obs. J. Mestre.

<sup>2</sup>. En ce sens, v. Ph. Le Tourneau, Les obligations professionnelles, Mfl. L. Boyer, 1996, p. 365 et s., spéc. n° 37.

<sup>3</sup>. En ce sens, v. Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *ed. loc.*, op. cit., spéc. n° 32 et s. ; *addit. Cas. civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995* ; RTD civ., 1996, 393, obs. J. Mestre.

<sup>4</sup>. Op. cit., n° 29.

<sup>5</sup>. On songe notamment aux contrats de distribution tels la franchise dans lequel les deux parties s'engagent mutuellement à se communiquer tous les perfectionnements et améliorations qu'elles pourraient éventuellement trouver. (Ph. Le Tourneau, Quelques aspects de l'évolution des contrats, *ed. loc.*, spéc. n° 41).

<sup>6</sup>. En ce sens, v. J. Mestre, L'évolution du contrat en droit privé français, *ed. loc.*, spéc. p. 53.

<sup>7</sup>. En ce sens, v. Y. Picod, op. cit., spéc. n° 92.

<sup>8</sup>. En ce sens, v. Y. Picod, op. cit., spéc. n° 563. Ph. Le Tourneau, Les obligations professionnelles, *ed. loc.*, n° 91. *Addit. B. Fages*, op. cit., n° 563.

intérêts d'un partenaire : « L'exigence de bonne foi peut être satisfait par le professionnel, en traitant de façon morale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes. »<sup>2</sup>

Ce devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui contraint chaque contractant à se soucier des intérêts de son partenaire comme des siens propres, le plus souvent d'ailleurs dans l'intérêt du contrat. Ainsi, la Cour de cassation a récemment décidé qu'un contractant doit, au nom de la solidarité contractuelle – facette dynamique de la bonne foi –, avertir son créancier de l'erreur qu'il commet en ornemant de lui facturer ses prestations<sup>3</sup>. Dans le même esprit, le créancier victime de l'inexécution de sa créance doit faire en sorte de limiter l'importance du préjudice qu'il subit<sup>4</sup>.

Cet altruisme contractuel s'impose, en outre, à ceux entre les mains desquel le sort du contrat a été placé par le biais d'une clause qui leur confère un pouvoir exclusif sur la détermination du contenu contractuel et, notamment, obligé celui qui peut déterminer unilatéralement l'objet de l'obligation de son partenaire à ne pas commettre d'abus. Tel est le message délivré, avec le retentissement que l'on sait, par la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats-cadres de distribution<sup>5</sup>. La question est désormais connue pour que son exposé soit repris ; on se contentera simplement de remarquer que l'exigence de loyauté joue un rôle qui n'est pas négligeable dans la mise en œuvre de la règle nouvelle. Non seulement, en raison de la référence à l'article 1134 du Code civil dans les arrêts<sup>6</sup> par lesquels

1. En ce sens, v. Ph. Le Tourneau, Les obligations professionnelles, *ed. loc.*, spéc. n° 42.

2. Directive n° 93-13 du 5 avril 1993 (D., 1993, L. 360) citée par Ph. Le Tourneau, *Existe-t-il une morale des affaires*, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, n° 7 et s., spéc. n° 29.

3. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 1996, D., 1997, 571, note P. Soustelle ; Rep. Définois, 1996, 744, obs. Ph. Delebecque.

4. En ce sens, v. B. Fages, op. cit., n° 566 ; Y. Picod, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, *ed. loc.*, spéc. n° 67.

5. Sur cette question, v. entre autres *La détermination du prix : nouveaux enjeux*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1997 ; M. Bandrac, Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts de l'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995, *JCP*, éd. E, 1997, *Cah. droit de l'interprète*, p. 387 et s. ; D. Bureau et N. Mollefaïs, Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, A. Ghiozzi, La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, D., 1998, chron. 1 et s. ; A. Courret, Indétermination du prix : une nouvelle jurisprudence, *Droit et patrimoine*, février 1996, p. 48 et s. ; M.-A. Frison-Roche, De l'abandon du cercan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix, *RJD*, 1996, p. 5 et s. ; J. Huet, Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix, *M&A*, 1997, p. 311 et s. ; C. Jamain, Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives, *JCP*, 1996, I, 3959 ; A. Laude, La détermination du prix dans les contrats de distribution, *D. Aff.*, 1996, p. 4 et s. ; L. Leveneur, Indétermination du prix : le revirement et sa portée, *Contrats, conc. commerc.*, 1996, chron. 1 ; D. Maingay, Bref retour sur l'indétermination du prix, *Cah. droit de l'entreprise*, 1998, n° 2, p. 24 et s.

6. Cass. Ass. plén., 1<sup>re</sup> décembre 1995, D., 1996, 13, concl. M. Jéol et note L. Ayrès ; Rep. Définois, 1996, 747, abs. Ph. Delebecque ; JCP, 1996, II, 22565, obs. J. Ghestin ; RTD civ., 1996, 153, obs. J. Mestre ; *addit. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 novembre 1994, Contrats, conc. commerc.*, février 1995, obs. n° 24, obs. L. Leveneur ; D., 1995, 122, et note L. Ayrès ; Rep. Définois, 1995, 335, obs. Ph. Delebecque ; JCP, 1995, II, 22371, obs. J. Ghestin ; RTD civ., 1995, 358, obs. J. Mestre.

la Cour de cassation a provoqué cette onde de choc dans notre droit des contrats, mais surtout parce que l'on peut considérer qu'elle inspire la notion d'abus dans la fixation unilatérale du prix qui semble dominer en doctrine. Certains auteurs considèrent en effet, que, pour être non abusif, « le prix doit être fixé à un niveau permettant à l'autre partie un fonctionnement normal de son activité dans la situation de dépendance qui est la sienne : si elle ne peut prétendre au même profit que le contractant dominant, elle doit pouvoir réaliser un profit qui assure (...) le maintien de son entreprise »<sup>1</sup>. Autrement dit, le devoir d'ingérence oblige le maître du prix à prendre en considération les intérêts de son partenaire, en faisant au moins en sorte que le prix fixé unilatéralement par ses soins ne se traduise pas par la disparition économique de celui-ci : « Le devoir de respecter son cocontractant, impliqué par la loyauté contractuelle, consiste, pour celui qui est en situation d'arrêter le prix que l'autre acquittera, dans l'obligation de tenir compte, dans sa décision, de l'intérêt de ce dernier. »<sup>2</sup> On peut certainement généraliser l'idée émise à propos de la fixation unilatérale du prix par notre camarade Thierry Revet et affirmer que, lorsqu'un des contractants est devenu, par l'effet d'une clause engendrant un déséquilibre significatif des pouvoirs au sein de la sphère contractuelle, le maître du contrat, il lui incombe, au nom de la solidarité contractuelle, de prendre en considération les intérêts du contractant dépendant et dominé.

17 / L'immixtion légitime dans les affaires d'autrui peut aller parfois, lorsque le contrat ou un contractant est confronté à une situation de crise, jusqu'à conduire ou contraindre un contractant à faire fi, dans un esprit de solidarité et de fraternité contractuelle, de ses propres intérêts. Ce sont alors les vertus de patience, de tolérance et d'indulgence que les contractants sont alors incités ou obligés à adopter en faveur de leur partenaire malheureux. Cette exigence d'*abnégation* n'est pas encore véritablement ancrée dans notre droit positif, ni même entrée dans notre culture contractuelle contemporaine ; ici ou là, cependant, on en trouve quelques traces sous la forme de dispositions législatives, de décisions de justice ou d'opinions doctrinales.

Sans qu'il soit question de rouvrir une *n*-ième fois le dossier de l'imprévision, il est toutefois opportun de poser la question suivante : « (...) n'est-il pas conforme au principe posé dans l'article 1134 du Code civil que "les conventions doivent être exécutées de bonne foi", de penser que les parties n'ont contracté qu'en considération d'un état de choses qu'elles pouvaient prévoir mais non d'une situation imprévisible qui bouleverse toute l'économie de leur contrat ? »<sup>3</sup> Posée par Lalou, il y a plusieurs décennies, la question l'est aujourd'hui avec plus d'acuité encore et reçoit depuis toujours

1. En ce sens, C. Jamain, Révision et intangibilité du contrat (...), *etd. loc., passim* ; C. Thibierge-Guelfici, *etd. loc.*

2. A. Seraux, *op. cit.*, p. 186.

3. J.-P. Niboyet, La révision des contrats par le juge. Rapport général, in *La révision des contrats par le juge*, *op. cit.*, p. 1 et s., spéc. p. 11.

4. Sur la discussion générale relative à la révision judiciaire pour imprévision, v. F. Teré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 445 et s.

5. En ce sens, v. R. David, L'imprévision dans les droits européens, in *Mélanges A. Jaujard*, 1974, p. 211 et s. ; D. Tallon, La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, *Mélanges A. Sayag*, 1997, p. 403 et s.

6. Il en va notamment ainsi des droits allemand, grec et portugais (v. J. Ghéislin, C. Jamain et M. Billaut, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 1994, spéc. n° 316 ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 198 et s. ; D. Tallon, *etd. loc.*, spéc. p. 413).

7. D. Tallon, *etd. loc.*, p. 410.

8. Cass. com., 3 novembre 1992, *JCP*, 1993 II 22164, obs. G. Virassany ; RTD civ., 1993, 124, obs. J. Mestre.

que l'on puisse dire, c'est que la révision judiciaire du contrat pour imprévision n'a guère progressé au contact de l'idée de bonne foi. En tout cas, la Cour de cassation n'a pas encore admis, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, le pouvoir du juge de réviser un contrat devenu profondément déséquilibré au cours de son exécution en raison d'événements extérieurs à la volonté des contractants. Le risque de fragilisation de l'économie et l'impératif de sécurité juridique sont des alibis régulièrement invoqués<sup>4</sup>, et demeurent des obstacles apparemment dissuasifs pour interdire au juge l'accès aux contrats atteints par les maladies de l'économie et lui dénier toute action visant à les rééquilibrer. Pourtant, chacun sait que dans bon nombre de systèmes juridiques, au sein de l'Union européenne notamment, ce pouvoir judiciaire de révision a été admis<sup>5</sup>, parfois sur le fondement de la bonne foi<sup>6</sup>, et « il n'apparaît pas (...) que le pouvoir modérateur accordé au juge ait porté une atteinte sérieuse à la sécurité des contrats du fait d'un interventionnisme débridé »<sup>7</sup>.

Cette stabilité de notre droit positif ne rime néanmoins pas avec une absolue rigidité. En effet, si la révision judiciaire pure et simple est écartere, parce que la sécurité juridique prime encore la solidarité contractuelle, il semble néanmoins que la jurisprudence serait disposée à adopter une voie médiane, même s'il ne s'agit encore que d'un frémissement à peine perceptible et non d'un inféchissement net. Si la bonne foi reste impuissante pour justifier une immixtion du juge dans la sphère contractuelle déséquilibrée, il n'est toutefois pas interdit de penser que la Cour de cassation n'est pas hostile à l'existence d'une obligation de renégocier fondée sur l'article 1134, alinéa 3 du Code civil. Au soutien d'une telle affirmation, on ne pouvait, il y a peu, s'appuyer que sur un seul arrêt<sup>8</sup>, dont le retentissement semblait d'ailleurs dû

1. T. Revet, *etd. loc.*, n° 16. Rappr. M. Bandrac, *etd. loc.*, n° 17 ; C. Jamain, *etd. loc.*, n° 10 et 11.

2. Th. Revet, *etd. loc.*, spéc. n° 14.

3. H. Lalou, La révision des contrats par le juge en droit français, in *La révision des contrats par le juge*, Société de législation comparée, rapports préparatoires à la semaine internationale de droit, p. 45 et s., spéc. p. 50.

plus à la plume audacieuse de M. Jacques Mestre qu'à sa seule motivation. Ainsi, dans des circonstances d'ailleurs assez complexes<sup>1</sup>, la Cour de cassation avait retenu la responsabilité contractuelle d'une société pétrolière parce que celle-ci, en refusant de négocier avec un de ses distributeurs un accord de coopération commerciale lui permettant de faire face à la concurrence, « n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». De là à voir dans cet arrêt l'annonce d'un retour sur la jurisprudence inaugurée en 1876<sup>2</sup>, il y a probablement un « pas » que la Cour s'est bien gardée d'esquisser<sup>3</sup>. Reste qu'aujourd'hui l'idée d'une obligation de renégocier le contrat déséquilibré, « manifestation de la solidarité contractuelle »<sup>4</sup> et « prolongement d'une obligation de coopérer en vue d'aplanir les difficultés ou les obstacles à l'exécution du contrat »<sup>5</sup>, fait indiscutablement son chemin<sup>6</sup>.

Non seulement la Cour de cassation a transformé l'essai marqué en 1992<sup>6</sup>, mais encore notre droit des contrats n'est pas insensible à l'exigence d'une renégociation contractuelle imposée par la bonne foi. D'une part, ce que l'on pourrait appeler le droit supranational virtuel des contrats, dont la force obligatoire dépend pour l'essentiel de la volonté des contractants qui acceptent de s'y soumettre, la date d'une certaine vitalité. En effet, dans les *Principes du droit du contrat du commerce international* d'Unidroit et dans ceux élaborés par la Commission Lando en vue de l'harmonisation du droit européen du contrat, l'obligation de renégocier un contrat profondément déséquilibré est consacrée<sup>7</sup>. Fondée sur la bonne foi, elle constitue un préalable à l'intervention du juge : faute de négociation loyale, le juge pourra retenir la responsabilité du négociateur de mauvaise foi, et, à défaut de négociation fructueuse, le contrat sera judiciairement adapté ou anéanti. D'autre part, les contractants, eux-mêmes, stipulent parfois des clauses qui envisagent la renégociation de leur accord lorsqu'un déséquilibre indépendant de leur volonté menacerait sa pérennité<sup>8</sup>. Et, dans un cas comme dans l'autre, il est clair que la solidarité contractuelle constitue la vertu qui a inspiré les « codificateurs » privés ou particuliers.

1. Sur lesquelles v. C. Jamin, *ed. loc.*, spéc. n° 55.

2. Cass. civ. 6 mars 1876, DP, 1876, 1, 193, note Giboulot.

3. Il convient néanmoins de citer cet autre arrêt dans lequel la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 25 février 1992, *D.*, 1992, 390, note M. Défosses ; somm. commun. 294, obs. A. Lyon-Caen, *JCP*, 1992, I, 3610, obs. D. Gaurel ; RTD civ., 1992, 760, obs. J. Mestre) a affirmé, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, l'obligation de l'employeur d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi.

4. Y. Picot, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 190.

5. *Ibid.*, L'exécution de bonne foi dans l'exécution du contrat, *ed. loc.*, spéc. n° 15.

6. En doctrine, v. notamment, F. Terrié, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 446 ; D. Tallon, *ed. loc.*, *passim*.

6'. Cass. com., 24 nov. 1998, *Rip. Défense*, 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; RTD civ., 1999, p. 98, obs. J. Mestre.

7. Art. 6 : 111, alinéa 2 des Principes Unidroit ; art. 2.117, al. 2 des Principes du droit européen du contrat.

8. Sur ce point, v. C. Jarrosson, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141 et s. ; B. Oppetit, *L'adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship*, Clunet, 1974, p. 794 et s.

18 / C'est encore l'idée de solidarité, combinée à celle de fraternité, qui imprègne le droit du surendettement des particuliers<sup>1</sup>, lequel semble avoir aujourd'hui rompu les amarres avec le droit commun des obligations. Patience, indulgence et oubli, telles sont les valeurs que les créanciers de débiteurs surendettés doivent, au nom de la lutte contre l'exclusion sociale, cultiver. Allongement des délais de paiement, allégement ou, selon que la situation du débiteur est non seulement grave mais aussi désespérée, effacement des créances autres qu'alimentaires et fiscales, telles sont les mesures concrètes qui peuvent être prescrites et qui risquent de réduire le droit de gage du créancier à une simple peau de chagrin<sup>2</sup>.

Au nom de la dignité de la personne humaine, les créanciers sont contraints à faire d'importants sacrifices, si ce n'est, lorsqu'elles sont effacées, à faire leur deuil de leurs créances. Ces dernières relèvent alors de l'univers fluyant des obligations naturelles, et les créanciers, au lieu de se lamenter sur leurs créances perdues, peuvent toujours espérer que le tribunal de leur conscience contraindra leurs débiteurs, une fois la lutte contre l'exclusion achevée, à honorer leurs engagements effacés par le juge, ainsi qu'ils peuvent le faire pour ceux qui s'en sont allés avec le temps...

19 / A l'issue de ce bilan, qui ne prétend pas à l'exhaustivité, des applications de la devise « Loyauté, solidarité, fraternité » en droit positif, on présente l'évolution majeure qu'elle traduit, ainsi que la petite révolution contractuelle qu'elle préfigure. En définitive, il apparaît dépassé aujourd'hui de répondre à un contractant victime de son inexpérience, de son infériorité, de la fatalité ou des choses de la vie que « les affaires sont les affaires ! », qu' « en contrat, trompe qui peut ! » ou que le contrat est une loi d'airain insensible aux coups du destin. Le droit des contrats ne se laisse plus enfermer dans une logique individualiste et ne succombe plus aux sirènes d'un libéralisme outrancier pour lesquelles le contrat est un combat qui oppose des intérêts antagonistes. On l'a constaté, sans qu'il soit pour autant question de sombrer dans une vision angélique du contrat, les contractants doivent désormais se plier à des exigences de sociabilité et de solidarité, lesquelles ne sont pas nécessairement incompatibles avec la fonction du contrat. Pourtant, des voix très fortes et très écoutées se sont élevées en doctrine pour critiquer les méfaits et les dérives auxquelles conduisent ce droit moral et social des contrats, et dénoncer le spectre du contrat sans confiance qu'il engendre.

1. Sur lequel v. S. Gijdara, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ, 1999 ; D. Mazeaud, *L'endettement des particuliers*, in *L'endettement*, Trav. Ass. H.-Capillet, LGDJ, 1995, p. 127 et s. ; B. Oppetit, *L'endettement et le droit*, *M&A, Breton et F. Demidé*, 1991, p. 295 et s. ; G. Piasant, *La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages*, JCP 1990, I, 1.3567 ; E. Putman, *Retour sur le droit de ne pas payer ses dettes*, RRJ, 1994, p. 109 et s. ; F. Rizzo, *Le traitement juridique de l'endettement*, PUAM, 1996.

2. Pour le dernier état du droit du surendettement, v. P. Angel, *Du redressement à la liquidation judiciaire civile, Droit et patrimoine*, octobre 1998, p. 53 et s.

## II. Le spectre du contrat sans confiance

20 / Le droit des contrats perdrat son âme s'il faisait une trop large place à l'idée de bonne foi et à l'idéal contractuel dont la devise étudiée constitue l'expression. Comme l'a écrit l'un des auteurs que l'évolution précédemment décrite laisse franchement sceptique : « Le contrôle judiciaire de la morale contractuelle (...) doit demeurer mesuré, à peine de ruiner la sécurité des contrats, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et de constituer un "truc" pour gagner des procès. (...) La règle morale doit imprégner les obligations (...). Mais le règne de la vertu mène au moralisme, c'est-à-dire presque toujours le contraire de la morale. »<sup>1</sup>

A vrai dire, l'antienne est bien connue et procède d'une vision exagérément pessimiste de la réalité contractuelle. Aussi, même si l'on ne se fait guère d'illusions sur la possibilité d'insflechir l'opinion de ceux, très nombreux, qui pensent que la reconnaissance des vertus qui composent notre devise comme principes fondamentaux du droit des contrats sonnerait le glas de celui-ci, s'efforcerait-on d'apaiser ces inquiétudes qui nous paraissent pour l'essentiel infondées. En effet, la loyauté, la solidarité et la fraternité, à condition d'être imposées à bon escient, c'est-à-dire avec un certain sens de la mesure, ne conduisent pas fatallement au *moralisme contractuel* (A) et à la ruine du contrat. Bien au contraire, elles sont le fruit de l'idée de *solidarisme contractuel* (B), autour de laquelle il est tout à fait envisageable d'élaborer un droit des contrats qui reste doté de ses vertus cardinales que sont la sécurité et la liberté.

### A / Le moralisme contractuel

21 / Pour mieux en monter la fragilité ou la relativité et écarter la crainte du moralisme contractuel qu'elle charrie, il faut reprendre la litanie des arguments traditionnellement opposés aux idées de loyauté, de solidarité et de fraternité contractuelles.

D'abord, il leur est reproché d'une façon très générale de porter atteinte à la fonction du contrat. La critique est parfaitement ciselée par la plume de Philippe Delebecque quand il affirme que le contrat « n'est pas et ne doit pas être une œuvre de charité. (Il) repose avant tout, comme l'a écrit et dit le doyen Carbonnier, sur un "antagonisme d'intérêts" et doit permettre tout simplement de faire de bonnes affaires. S'il faut réprimer les manœuvres déloyales, il n'est pas nécessaire d'encourager le sentimentalisme »<sup>2</sup>.

22 / Les résistances à l'avènement d'un droit sentimental se fondent ensuite sur les graves dangers que font courir ces idées généreuses sur les fondations mêmes du droit des contrats. D'une part, elles ne font qu'accentuer le déclin de la liberté contractuelle et accrédition l'idée, naguère émise par Josserand, d'un contrat de moins... contractuel : « (...) la jurisprudence

ou la loi (...) obéissant à la même préoccupation d'aménager le contrat dans un esprit d'équité, de justice, d'équilibre juridique (...) ; ce ne sont plus les parties, à elles seules, qui édictent la loi contractuelle ; une autorité supérieure à leurs volontés vient en contrôler l'exercice et en fixer le rendement : dans le fond du droit contractuel, comme dans sa forme, comme dans l'élaboration de l'accord, on retrouve la main des pouvoirs publics et on assiste à la dépendance de la souveraineté des volontés particulières, dominées et dirigées par la volonté générale et réglementaire. »<sup>3</sup>

Pire, sous les coups de bouthoirs conjugués de la loyauté, de la solidarité et de la fraternité, le contrat deviendrait, d'autre part, de moins en moins prévisible. La mise en œuvre de la devise fragile, en effet, le principe de la force obligatoire du contrat en tempérant la règle de l'irrévocabilité unilatérale du lien contractuel et en évincant sans modération la règle de l'intangibilité qu'énonce l'article 1134, alinéa 1 du Code civil. Alors que, dans un passé somme toute pas si éloigné, « la force obligatoire du contrat ne présentait pas la moindre fissure, elle était une des assises fondamentales du droit privé, qui reposait sur elle comme un roc (...) voilà que ce roc est devenu sable mouvant »<sup>4</sup>, notaït encore Josserand, il y a plus d'un demi-siècle, autrement dit à une époque où l'idée de bonne foi, et moins encore ses déclinaisons, n'était pas encore de saison... Sous sa pernicieuse influence, le phénomène de l'affaissement de ce pilier du temple contractuel se serait encore accru. En effet, au nom de la protection du débiteur malheureux et de l'hymne à la justice contractuelle et sociale qu'entonnent aujourd'hui en chœur le législateur et le juge, le contrat apparaît de moins en moins obligatoire pour le débiteur et de moins en moins prévisible pour le créancier. Et si l'impératif de stabilité contractuelle s'efface plus souvent qu'à son tour derrière les exigences de loyauté, de solidarité et de fraternité contractuelles, c'est sans doute aussi que, sous l'influence de considérations de politique juridique, le principe de la force obligatoire a subi une mutation qui se révèle, dans une perspective de sécurité juridique, finalement néfaste. Désormais, en droit positif, « ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçue. Corollaire : le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement ». Or, si cette conception souple de la force obligatoire s'inscrit harmonieusement dans une vision humaniste du droit des contrats, elle paraît, aux yeux de certains, « inquiétante » dans la mesure où elle « semble porter la ruine de la sécurité juridique »<sup>5</sup>. En effet, cette attente raisonnable, nouveau critère de la force du contrat, sera nécessairement appréciée par un tiers extérieur aux contractants et surtout à la personne du créancier, ce qui emporte

1. La publication du contrat, in *Études en l'honneur d'Edouard Lambert*, p. 143 et s., spéc. n° 12.

2. L. Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RJD av., 1937, p. 1 et s., spéc. n° 17.

3. J. Carbonnier, in *Le droit contemporain des contrats*, PUF, 1987, spéc. p. 35.

4. H. Lécuyer, *Rédéfinir la force obligatoire du contrat ?*, in *Les Petites Affiches*, 6 mai 1998, p. 44 et s., spéc. p. 45.

fatalement une grave incertitude sur le principe et la portée des engagements contractuels et favorise, on le devine, l'immixtion du juge dans le contrat.

23 / Si l'admission de la loyauté, de la solidarité et de la fraternité comme normes fondamentales des comportements contractuels créent pour le contrat un risque mortel d'imprévisibilité et d'insécurité, c'est essentiellement parce qu'elle consacrerait une mainmise du juge sur le contrat<sup>2</sup>. Nul doute, en effet, que la bonne foi, dans ses différentes acceptations, constitue l'alibi dont le juge use et abuse pour finalement réviser le contrat et substituer à la volonté des contractants son sentiment d'équité et de justice. Or, beaucoup d'auteurs constatent et déplorent l'accroissement des pouvoirs du juge en matière contractuelle : celui-ci a désormais très souvent le pouvoir, accordé par la loi ou conquis « hors la loi », de réécrire purement et simplement, sous prétexte de la rééquilibrer ou de l'humaniser, la loi contractuelle en faveur du débiteur victime des excès et des abus de son créancier, ou des turbulences économiques et sociales. Tant et si bien que progressivement c'est le cœur même de la notion de contrat qui semble affecté. Ce déficit de substance du fait de l'interventionnisme judiciaire a toujours été dénoncé : « Le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom, et c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge »<sup>3</sup>, écrivait déjà Niloyet. En écho, un auteur contemporain s'inquiète de l'influence néfaste qu'exerce la théorie des attentes sur l'essence même du contrat : « Reconnaître dans l'attente raisonnable du créancier le fondement de la force obligatoire du contrat, c'est admettre que le contrat ne peut que se réaliser que judiciairement. »<sup>4</sup>

24 / En définitive, le message délivré par la majorité de la doctrine est d'une extrême limpidité : la tutelle du juge sur le contrat, au nom d'exigences moralistes déconnectées des réalités économiques, est une injure à la fonction de contrat, fragilise ses fondations et en bouleverse la notion ! Le requistoire est d'une implacable sévérité et fait planer un doute sur le bien-fondé de la devise, qui constitue la sève de notre réflexion, mais il nous semble comporter quelques vices et défauts qui autorisent à faire preuve d'un peu plus d'optimisme sur l'avenir de la bonne foi en droit des contrats.

Ainsi, en dépit des vigoureuses mises en garde et funestes prédictions doctrinales, on continue à penser que l'avenir du phénomène contractuel n'a rien à craindre, bien au contraire, de la consécration des idées de loyauté, de solidarité et de fraternité.

25 / Avant tout, il convient de remarquer, comme le simple examen du droit positif le révèle, que la liberté contractuelle et le principe de la force obligatoire ont encore de très beaux restes et que c'est aller un peu vite en besogne que d'entonner un *requiem* en leur honneur.

Ainsi, si l'on prend l'exemple emblématique de la protection contre les clauses abusives imposées aux consommateurs par leurs contractants professionnels, on s'aperçoit que la liberté contractuelle ne se porte finalement pas si mal dans un domaine où pourtant beaucoup avaient prévu qu'elle ne résisterait pas aux coups de boutoirs du juge imbu de l'idéologie consumériste. D'une part, malgré quelques propositions doctrinales, la Cour de cassation refuse, contrairement à ce qu'une motivation ambiguë peut laisser penser, d'étendre le champ d'application de la protection aux contractants professionnels dominés et dépendants qui auront été contraints par leurs partenaires d'intégrer des clauses qui emportent un déséquilibre significatif dans les relations contractuelles<sup>5</sup>. D'autre part, la Cour de cassation exerce un contrôle vigilant sur la qualification de clause abusive, et le moins que l'on puisse dire, après examen des arrêts qu'elle a rendus depuis près de dix ans sur la question, c'est qu'en définitive la liberté contractuelle n'a pas été, dans ce domaine des contrats de consommation marqué par un ordre public particulièrement insatiable, sacrifiée sur l'autel du droit de la consommation<sup>6</sup>.

D'ailleurs, d'une façon générale, le juge doit, au nom de la bonne foi, d'un pouvoir susceptible de brider la liberté contractuelle l'exercer avec une certaine retenue. Ainsi, l'obligation de négocier de bonne foi, qui est venue apporter un peu de sécurité dans la période précontractuelle, canalise la liberté des négociateurs mais ne l'évince point. Ainsi que l'a affirmé la cour d'appel de Pau, « on ne saurait sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale, admettre à la légère qu'un commerçant puisse être responsable pour n'avoir pas donné suite à des pourparlers et pour avoir traité avec un concurrent ». En matière précontractuelle, la liberté reste donc le principe, et l'exigence de loyauté n'impose par exemple, faute de clause contraire stipulée dans un contrat de négociation, ni la confidentialité, ni l'exclusivité pour les pourparleurs<sup>7</sup>.

Si l'on se penche maintenant sur la liberté reconnue à certains contractants de déterminer unilatéralement l'objet de l'obligation de leurs cocontractants dans certains contrats<sup>8</sup>, on ne pourra s'empêcher d'être surpris par l'absence de décisions retenant un abus à la charge du maître du prix. Il est vrai que la notion même de prix abusif pouvait rassurer ceux qui avaient décelé dans les arrêts de 1995<sup>9</sup> l'esquisse d'un pouvoir judiciaire de révision

1. Sur cette question, v. D. Mazeaud, *L'attraction du droit de la consommation, RTD com., 1998, p. 95 et s. ; G. Paisant, La protection par le droit de la consommation, in Les clauses abusives entre professionnels, Economica, 1998, p. 17 et s.*

2. Pour des exemples récents qui montrent que la Cour de cassation apprécie rigoureusement l'existence d'un abus, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 novembre 1996, D, 1997, soum. connm. 174, obs. Ph. Delbecque ; JCP, 1997, I, 4015, obs. C. Jamain ; RTD av., 1997, 424, obs. J. Mestre et 791, obs. R. Libchaber ; 7 juillet 1998, RPh. Défenseur, 1998, 1417, obs. D. Mazeaud.

3. Pau, 14 janvier 1969, D, 1969, 716.

4. En ce sens, Versailles, 5 mars 1993, RTD av., 1993, 752, obs. J. Mestre ; Bordeaux, 11 juin 1996 : JCP, 1997, I, 617, obs. P. Mousseron.

5. Sur cette question, v. *Suppl. n° 12 et 17*.

6. Cas. Ass. plén., 1<sup>re</sup> décembre 1995, préc.  
7. H. Lécuyer, eod. loc.

2. En ce sens, Ph. Malaunet et L. Aynès, op. cit., n° 622.

3. J.-P. Niloyet, *La révision des contrats par le juge. Rapport général*, Société de législation comparée, Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit, p. 1 et 1, spéc. p. 11.

4. H. Lécuyer, eod. loc.

bonne foi restent extrêmement timides. Ainsi, à propos d'un contrat à durée déterminée, la Cour de l'iliation unilatérale stipulée dans un contrat à durée déterminée, la Cour de cassation a récemment démontré qu'elle ne succombait pas nécessairement aux délices de la bonne foi et que, même lorsque la survie du contrat est en jeu, elle accordait la priorité aux prévisions contractuelles claires et précises relatives à la cessation du contrat<sup>1</sup>. Autrement dit, le succès de la bonne foi et le souci contemporain des juges d'assurer la pérennité du contrat<sup>2</sup> doivent encore composer avec le principe de la force obligatoire du contrat qui, en définitive, demeure, ici comme ailleurs..., le principe<sup>3</sup> !

26 / En définitive, il apparaît clairement que si l'application de la devise « Loyauté, solidarité, fraternité » se traduit par une extension du rôle du juge, celui-ci exerce, en général, les pouvoirs qui lui sont ainsi octroyés avec modération et pondération. Institué Gardien de l'équilibre et de la moralité contractuels, le juge n'en profite pas pour placer le contrat sous une tutelle trop exigeante et réserve, dans le respect scrupuleux des conditions légales, l'exercice de son pouvoir correctif aux seuls déséquilibres manifestement significatifs et excessifs. Par ailleurs, c'est avec beaucoup de mesure qu'il régule, grâce à l'arme de l'abus, le pouvoir unilatéral qu'un des contractants détient sur le sort du contrat.

27 / L'immixtion du juge dans le contrat ne rime donc pas, contrairement à la rengaine doctrinale, avec imprévisibilité contractuelle et insécurité juridique ! Au contraire, on aimeraient avoir convaincu de ce que la sécurité juridique a tout à gagner de la consécration de notre devise en droit positif : « Bonne foi et sécurité juridique, même combat ! », en somme. D'ailleurs, si l'on prête un peu d'attention au droit positif, on relèvera sans difficulté plusieurs cas dans lesquels la notion de bonne foi a été appellée à la rescoussse pour assurer une certaine prévisibilité et stabilité contractuelles.

Il en a été, par exemple ainsi, à propos des promesses de vente conclues sous la condition suspensive d'obtention d'un prêt, désormais codifiée dans les articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation. D'inspiration consumériste, la loi du 13 juillet 1979, dont elle est issue, a créé une condition suspensive dont certains avaient pensé qu'elle provoquerait une insécurité juridique fatale pour les avant-contrats de vente immobilière. *A priori*, en effet, elle accordait aux consommateurs un véritable droit de vie ou de mort sur les promesses de vente puisque la défaillance ou la réalisation de la condition semblait dépendre de leur bon vouloir. On sait aujourd'hui qu'il n'en a rien été grâce à la vigilance de la Cour de cassation qui a fait en sorte que les promesses de vente immobilière entrant dans le domaine de la loi ne deviennent pas des contrats imprévisibles, donc inutiles. Pour protéger les intérêts des cocontractants des consommateurs contre la volonté arbitraire de ces derniers, la Cour de cassation a eu recours à la théorie générale de la condition et

<sup>1</sup>. Cas. com., 14 janvier 1997, Rép. Défenseur, 1997, 744, obs. D. Mazeaud ; RTD dir., 1997, 427, obs. J. Mestre.

<sup>2</sup>. Sur ce point, v. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du bien contractuel*, PJAM, 1996.

<sup>3</sup>. Sur ce point, v. supra, n° 13.

du prix. En effet, en raison des réalisés économiques et particulièrement du jeu de la concurrence, l'hypothèse d'un prix abusif apparaît souvent assez largement théorique<sup>1</sup>, voire « guère imaginable »<sup>2</sup>. A cela s'ajoute que, dans les contrats de distribution, la situation économique du débiteur, et notamment les lourds investissements qu'il aura consentis pour entrer ou rester dans le réseau, ne l'incitera point à dénoncer l'abus dont il peut être victime. Autrement dit, en posant désormais la question du prix au stade de l'exécution du contrat et non plus lors de sa formation, en substituant la résiliation et la responsabilité à la nullité absolue, en donnant au juge le pouvoir de contrôler, par la technique de l'abus, la déloyauté du maître du prix, la Cour de cassation a finalement sensiblement sécurisé le secteur contractuel des contrats-cadres. Preuve que l'exigence de loyauté n'est pas incompatible avec l'impératif de sécurité juridique, même si la protection des contractants dépendants subit un probable déficit<sup>3</sup>.

Toujours sur le terrain de l'exécution du contrat et plus précisément sur celui particulièrement sensible des sanctions et des remèdes à l'inexécution, on réalise avec le recul que les exigences de loyauté, de solidarité ou d'indintangibilité de territòit n'ont pas, ici non plus, rayé les principes de liberté et d'intangibilité de la charte contractuelle et n'ont pas déclenché une invasion judiciaire du contrat. Les clauses résolutoires elles-mêmes, dont on sait pourtant qu'elles constituent un terreau particulièrement fertile pour la bonne foi, continuent de prospérer dans les contrats malgré le danger qu'elles représentent pour le débiteur de bonne foi<sup>4</sup> et les tiers. Les clauses limitatives et élusives de réparation et de responsabilité, malgré les multiples atteintes portées par la loi et la jurisprudence, souvent au titre de la loyauté contractuelle, à leur validité et à leur efficacité, fleurissent et s'épanouissent encore dans d'innombrables contrats<sup>5</sup>. Quant aux clauses pénales, la chronique de leur mort annoncée après la loi de 1975 qui a accordé au juge le pouvoir de les réviser se révèle finalement une prédiction totalement erronée. La Cour de cassation a, en effet, rigoureusement balisé le domaine du pouvoir de révision judiciaire, en limitant aux seules clauses méritant le label de clause pénale, et en a strictement canalisé le régime<sup>6</sup>.

Enfin, si l'on observe la phase de l'expiration du contrat, on s'aperçoit que, malgré quelques frémissements jurisprudentiels<sup>7</sup>, les incursions de la

<sup>1</sup>. F.-J. Credot et Y. Gérard, *Riv. dr. bancaire et de la Bourse*, 1996, n° 54, p. 47.

<sup>2</sup>. J. Stoufflet, obs. sous Cass. com., 9 juillet 1996, JCP, 1996, II, 22721.

<sup>3</sup>. En ce sens, v. Ch. Jamin, *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP, 1996, I, 3959.

<sup>4</sup>. Pour l'application d'une clause résolatoire expresse à un débiteur de bonne foi, v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mars 1993, *Contrat, cont. consomm.*, 1993, comm. n° 149, obs. L. Leveneur ; D., 1993, 357, note Ph. Bähr ; Rép. Défenseur, 1994, 346, obs. D. Mazeaud ; JCP, 1993, 1, 3725, obs. Ch. Jamin.

<sup>5</sup>. Pour un cas dans lequel la Cour de cassation a « découvert » une clause exonératoire de responsabilité dans une stipulation qui accordait au créancier un droit de résiliation unilatérale sans indemnité, v. Cass. com., 21 mars 1996, RTD dir., 1997, 124, obs. J. Mestre.

<sup>6</sup>. Sur ces différents points v. D. Mazeaud, *La réduction des obligations contractuelles*, Droit et patrimoine, mars 1998, n° 58 et s., spéc. p. 63 et s.

174 du a interprété la disposition de droit spécial à la lumière de l'a  
Code civil<sup>1</sup>. De plus, pour éviter que le consommateur fasse échec au jeu de la condition en adoptant un comportement qui provoquerait nécessairement sa défaillance, la jurisprudence a réactivé l'article 178<sup>2</sup>. Ainsi, elle sancctionne la déloyauté du consommateur, qui par ses manœuvres positives ou son inertie fait obstruction au jeu de la modalité légale, en réputant la condition accomplie. Dès lors, malgré la défaillance effective de la condition, l'avantage déployé des effets : en particulier, le promettant peut obtenir le paiement de l'indemnité d'immobobilisation contractuellement prévue, ou la conserver si elle avait été payée par anticipation. Aussi est-ce bien grâce à l'exigence de prévisibilité contractuelle est préservée et que la force obligatoire du contrat conserve une certaine vigueur. La bonne foi interdit donc, ici, la révocation unilatérale de son engagement par un consommateur s'abritant derrière l'alibi d'une condition suspensive teintée de protestativité et garantit, au profit de son cocontractant, l'intangibilité du contrat de promesse. « Bonne foi et sécurité juridique, même combat ! »<sup>3</sup>

28 / Mieux encore, il nous semble que la devise « Loyauté, solidarité, fraternité » constitue l'avenir même du droit des contrats dont elle restaure les fondations et préfigure ou traduit la profonde mutation.

Ainsi, il ne fait guère de doute que l'exigence de transparence qui innove tant le droit commun que le droit spécial des obligations n'altère pas, bien au contraire, le principe de liberté contractuelle. Au contraire, parce que la protection, que l'information imposée assure au contractant supposé faible, « est ordonnée à la valeur du consentement<sup>4</sup> », le devoir de loyauté qu'elle incarne est, en réalité, un hommage à la liberté. Liberté que les évolutions du droit des contrats, impulsées par les valeurs autour desquelles se façonne notre devise, ont eu le mérite de montrer sous son jour véritable, c'est-à-dire plus souvent unilatérale que contractuelle. Dès lors, on peut souvent relativiser la portée des prétdentes atteintes subies par cette liberté confisquée au profit du contractant dominant et légitimement considérer que les interventions législatives ont eu, en réalité, pour objet et pour effet de restaurer une liberté que la réalité contractuelle avait rangé au rayon des illusions perdues<sup>5</sup>. Et il en va de même pour cet autre mythe de l'égalité contractuelle auquel le droit contemporain des contrats a tordu le coup, ainsi que le révèle par exemple la jurisprudence sur le prix qui exprime « la consécration de l'inégalité structurelle des relations de dépendance »<sup>6</sup> par l'Assemblée plénière. Ici, l'exigence d'une certaine solidarité contractuelle par la prise en compte de l'intérêt du

parten dans l'exercice du pouvoir unilatéral opère la substitution d'un équilibre contractuel concret à une égalité artificielle et abstraite, ce dont on ne peut que se féliciter.

29 / Mais c'est surtout le principe de la force obligatoire du contrat que certaines évolutions du droit contractuel, fondées sur l'idée générale de bonne foi, ont conduit à revisiter. On a, semble-t-il, désormais compris que ce principe n'était pas un dogme, une « fin en soi »<sup>7</sup>, mais un simple moyen, au service d'intérêts supérieurs, « de parvenir à un certain équilibre économique et social »<sup>8</sup>, une « fiction »<sup>9</sup> qui doit céder devant d'autres exigences telles que celles que renferme notre devise<sup>10</sup>. Et ainsi, parce qu'à l'époque de François Terrier « il est possible de penser la force obligatoire autrement que ne le faisait Ripert »<sup>11</sup>, ce n'est pas faire œuvre de terrorisme contractuel que de soutenir qu'aujourd'hui la sécurité juridique doit, au nom des principes de justice, de loyauté, de solidarité et de fraternité contractuelles, s'accommoder d'une certaine flexibilité. Elle ne peut plus s'entendre d'une rigidité absolue du lien contractuel dans l'intérêt exclusif du créancier. Elle doit aussi intégrer les intérêts légitimes du débiteur qui impliquent parfois, pour le plus grand profit du contrat dont on évite ainsi l'anéantissement, une adaptation du rapport contractuel<sup>12</sup>. Puisque, comme l'écrivait déjà Saleilles, « le droit tend de plus en plus à faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat »<sup>13</sup>, le principe de la force obligatoire, dont on ne voit pas pourquoi il constituerait le seul principe que le Code civil aurait en 1804 figé pour l'éternité, ne peut plus être envisagé comme la rançon fatale d'une liberté apparente. Il doit nécessairement composer avec les réalités économiques et sociales contemporaines dans lesquelles s'inscrivent le contrat et opérer sa mue. Aussi peut-on comprendre que beaucoup de prétdentes atteintes au principe de la force obligatoire n'en sont pas, du moins si l'on admet que sa portée ne se mesure plus exclusivement à l'aune de la confiance du créancier dans la parole de son débiteur, mais qu'elle est déterminée par les impératifs supérieurs qui innervent le droit des contrats et par les légitimes prévisions des contractants au jour de la conclusion du contrat. Prévisions qui doivent notamment intégrer le risque d'insolvabilité et de défaillance de son partenaire, les maladies de l'économie et les exigences de la solidarité sociale. Ainsi, en matière de surendettement, la justice sociale, rendue pour l'essentiel par une autorité administrative<sup>14</sup>, reflète avec une particulière netteté l'idée selon laquelle le sacro-saint principe de la force obligatoire n'est, en définitive, rien d'autre qu'un instrument au service de l'intérêt général dont

1. Sur ce point, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 1992, *D*, 1993, somm. comm. 210, obs. A. Penneau ; *Rép. Défenseur*, 1993, 317, obs. J.-L. Albert ; *JCP*, éd. E., 1993, I. 231, obs. Th. Revet ; *JCP*, éd. N., 1993, II, 121, obs. A. Gourio.

2. Pour un aperçu de la jurisprudence sur ce point, v. *Rép. Défenseur*, 1995, 755 et s.

3. G. Cormu, L'évolution du droit des contrats en France, *ed. loc.*, n° 27.

4. Sur cette question, v. G. Routhette, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, *ed. loc.*, *passim*.

5. Th. Revet, *ed. loc.*

1. P. Ancel, Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?, *Droit et patrimoine*, mai 1998, p. 88 et s., spéc. p. 89.

2. *Ibid.*

3. Ch. Jamin, *ed. loc.*, n° 23.

4. En ce sens, v. C. Thibierge-Guelfucci, *ed. loc.*, *passim*.

5. P. Ancel, *ed. loc.*

6. En ce sens, v. C. Thibierge-Guelfucci, *ed. loc.*, *passim*.

7. *Déclaration de volonté*, 1901, p. 351.

8. La commission de surendettement des particuliers.

l'intensité doit s'adapter aux fluctuations et aux évolutions qui affectent celui-ci. Puisque désormais, comme l'a très justement relevé Thierry Revet, « l'intérêt général et les intérêts particuliers des victimes de l'exclusion se rejoignent (...) pour se confondre, s'agissant de la lutte contre les exclusions », l'intérêt des non-exclus, en particulier celui des créanciers, « lesquels sont mobilisés au service de la réduction et de la prévention de l'exclusion »<sup>2</sup> sociale, doit s'effacer. Dans ce droit de crise et de lutte contre l'exclusion, le respect de la parole donnée ne peut donc plus décentrement être invoqué par le créancier ; la force de sa créance repose sur la nécessaire sauvegarde de la dignité du débiteur surendetté et insolvable. Au fond, ce droit social des contrats semble reposer sur une rupture entre l'obligation et le paiement. La socialisation du risque de surendettement se traduit, en effet, par une automatisation de la dette du débiteur malheureux à l'égard du paiement que le créancier peut réclamer. Autonomie qui se traduira, en raison du traitement social de la dette du débiteur surendetté, au mieux par un paiement sans paiement pour le créancier, au pire par un paiement sur le patrimoine d'autrui<sup>3</sup>.

En définitive, même si l'on est parfois contraint à opérer une véritable révolution contractuelle, on a toutefois la faiblesse de penser que cette vision, non pas moraliste, mais solidariste du contrat constitue un gage de progrès contractuel et qu'elle ne jure point avec l'impératif de sécurité juridique.

#### B / Le solidarisme contractuel<sup>4</sup>

30 / Si les idées de loyauté, de solidarité et de fraternité sont l'expression d'une doctrine du droit des contrats, c'est sans aucun doute celle du solidarisme contractuel.

Il est, au fond, temps de *penser autrement*, ainsi que le propose une doctrine encore largement minoritaire, dont Christophe Jamin est désormais le plus talentueux porte-parole, et comme le suggèrent quelques dispositions législatives et décisions judiciaires. Sous l'influence de l'idée de bonne foi appréhendée dans toutes ses facettes qui sont la loyauté, la solidarité et la fraternité, « 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 ». Que l'on ne s'y trompe pas, il ne

<sup>1</sup>. Loi n° 98-567 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *RTD civ.*, 1998, p. 989.  
<sup>2</sup>. Ibid.

<sup>3</sup>. En clair, le créancier peut, selon la Cour de cassation, actionner en paiement la caution en dépit des mesures de décondamnement dont profite le débiteur principal (en ce sens, v. *Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 novembre 1996, D., 1997, 141, note T. Moussa ; sonm. comm. 179, obs. D. Marcaud ; R.P. Desfrois, 1997, 293, obs. L. Ayres ; *JCP*, 1997, éd. G. L., 403, obs. P. Simler, II, 22780, obs. M. Muru et éd. E., II, 903, obs. D. Lepesme ; *RTD civ.*, 1997, 190, obs. P. Crocq ; *RTD com.*, 1997, 143, obs. G. Pariant ; 3 mars 1998, *JCP*, 1998, II, 10117, obs. S. Picelievre).*

<sup>4</sup>. Pour l'exposé ou la promotion de cette doctrine, v. R. Demogue, *op. et loc. cit.* ; Ch. Jamin, Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *civ. I.* Y. Picot, *L'œuvre de loyauté dans l'exécution du contrat, et l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, cod. loc.* ; Th. Revet, *cod. loc.* ; A. Sériaux, *op. et loc. cit.* ; C. Thibierge-Guillucci, *cod. loc.*  
5. Ph. Rémy, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, et une liberté contrôlée, Les Petites Affiches*, 6 mai 1998, p. 14.

s'agit pas de faire preuve d'angélisme contractuel en négligeant la fonction économique du contrat et en privilégiant la plainte du débiteur malheureux sur la contrainte du créancier victime de l'inexécution ! Simplement, il apparaît que la force du lien contractuel ne doit pas pouvoir aller jusqu'à occulter les légitimes intérêts d'un des partenaires contractuels. La vigueur juridique du lien ne saurait en aucun cas justifier l'anéantissement économique d'un des contractants. L'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil ne peut constituer l'alibi permettant à un contractant de confisquer le contrat à son seul profit, au point de sacrifier les intérêts de son partenaire ; l'article 1134, alinéa 3, au nom de l'idée de bonne foi, s'y oppose.

31 / Encore une fois, il n'est pas question de revendiquer au nom de cette philosophie contractuelle nouvelle une équivalence des prestations réciproques, un équilibre parfait des pouvoirs et un esprit caritatif de la part des contractants. Ce que l'idée de solidarisme contractuel emporte simplement, c'est une lecture moins égoïste et étriquée de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, que celle qui, sous couvert du principe du respect de la parole donnée et de l'impératif de sécurité juridique, se satisfait des déséquilibres les plus outranciers et des pouvoirs les plus exorbitants, et s'accorde des situations de déresse et d'exclusion.

Ce que l'idée de solidarisme rejette, ce sont les déséquilibres contractuels excessifs et abusifs qui n'ont d'autre justification qu'un rapport de forces inégalitaire ou qu'un bouleversement des circonstances économiques. Lorsque le contrat est l'œuvre d'une volonté unilatérale et arbitraire, lorsque l'économie de la loi contractuelle jure avec l'idée même de contrat, il est indécent pour le maître du contrat de brandir l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, comme étandard de son « bon droit ». Bien au contraire, parce que la fermeté de la loi contractuelle n'est rien faute de légitimité<sup>5</sup>, on doit opposer, en vertu de l'article 1134, alinéa 3, sa mauvaise foi au contractant qui méprise l'intérêt de son partenaire au point de l'évincer du rapport contractuel, du circuit économique ou du corps social, ou dont le comportement est tel que le contrat ne peut pas déployer ses effets bénéfiques à l'égard de son cocontractant.

Au nom du solidarisme contractuel, qui se manifeste par la propagation de notre devise dans le droit contemporain des contrats et la promotion de l'article 1134, alinéa 3 à un rang égal à celui tenu par l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, il n'est donc plus concevable de pousser des cris d'orfraie au vu des pouvoirs abusifs qui le défigurent, soit pour allonger, alléger, voire effacer certains contrats lorsque la crise menace le débiteur dans son intégrité ou dans son identité.

32 / Par ailleurs, le solidarisme contractuel se nourrit essentiellement de considérations pragmatiques et permet d'appréhender certaines des évolutions du droit contractuel que la conception classique avait fatalément occultées ou

<sup>1</sup>. En ce sens, v. A. Bénahent, L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée, *Les Petites Affiches*,

pour lesquelles elle se révélait inadaptée. Ainsi, il paraît tout à fait apte à gérer et à surmonter le phénomène des contrats de longue durée totalement ignoré, et pour cause, dans le Code civil : précisément, il interdit de repousser d'un revers de la main la révision du contrat pour imprévision et constraint même peut-être à se pencher sur le régime de la révocation des contrats à exécution successive<sup>1</sup>. De même, il permet de déterminer la teneur de l'abus, notion clef dans sa mise en œuvre, dans la fixation unilatérale du prix : celui-ci procédera de l'inexécution de l'obligation particulière de coopération qui pèse sur le maître du prix et qui consiste à préserver les intérêts de son partenaire dont il détermine unilatéralement l'objet de l'obligation<sup>2</sup>.

33 / A la vérité, en dépit des multiples avantages que le droit des contrats tirerait d'une adoption de la doctrine du solidarisme contractuel, on doit concéder ne pas trop se faire d'illusions sur la portée que pourra avoir ce petit plaidoyer pour un contrat sociable et vertueux, et pour un droit animé par la devise « Loyauté, solidarité, fraternité ». On devine que la pratique, aveuglée par une image ridée et rigide de la stabilité contractuelle, y sera hostile. On pressent aussi que la doctrine, pas plus aujourd'hui qu'hier, ne se laissera convaincre et qu'elle éprouvera maintes réticences à la pensée de livrer le contrat à la police du juge, et à l'exposer, ainsi, aux affres de l'insécurité juridique.

Il nous reste seulement à caresser l'espoir d'avoir au moins persuadé le dédicataire de cette prose futile que plaider pour la bonne foi dans les contrats ne revient pas nécessairement à prêcher pour un contrat sans foi, ni loi...

1. Sur ce point, v. l'édifiante démonstration de C. Jamin, *ed. loc., passim*.

2. Sur ce point, v. Th. Revet, *op. et loc. cit.*

Mélanges offerts à Paul DIDIER

# Études de Droit privé

*Avant-propos de Michel GERMAIN  
Préface de Jean FOYER  
membre de l'Institut*

## BILAN DES SOLIDARISMES CONTRACTUELS

Yves LEQUETTE

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Apparue il y a une dizaine d'années sous la plume de M. Christophe Jamin<sup>1</sup>, l'expression « solidarisme contractuel » a depuis connu une singulière fortune. Bien qu'elle revête, aux dires mêmes de son auteur, « quelque chose de disgracieux et plus encore d'anachronique »<sup>2</sup>, elle a très rapidement servi de porte-drapeau à un courant doctrinal qui, se proposant de « penser le contrat autrement »<sup>3</sup>, a progressivement « envahi la littérature juridique française »<sup>4</sup>, au point qu'on a pu écrire qu'il constitue « l'événement intellectuel de ces dernières années »<sup>5</sup>.

2. Désireux de rompre avec une conception purement volontariste du contrat, les auteurs partisans du solidarisme contractuel forment, a-t-on dit, une « véritable école »<sup>6</sup>. On a, néanmoins, pu déceler en son sein, comme dans toute école, une pluralité de tendances<sup>7</sup>, en sorte qu'il serait, a-t-on souligné, sans doute plus exact de parler à son propos « des » solidarismes

<sup>1</sup> Note sous Civ 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1995, *D* 1995, p. 390, 1<sup>re</sup> col. : « Résumé intégral de la distribution de l'abus dans la détermination du prix au concrète des pratiques abusives », *JCP* 1996 I, 3959, n° 7 ; « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine* mars 1998, n° 28, p. 46 et s., sp. p. 55-57.

<sup>2</sup> C. Jamin, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois* », 9<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, 2005, p. 4.

<sup>3</sup> D. Mazzaud, « Loyalité, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges F. Teret*, 1999, p. 603 et s., sp. p. 652.

<sup>4</sup> C. Jamin, art. préc., 9<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, 2005, p. 5.

<sup>5</sup> M. Kiflani, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme : est-il un rapport avec la solidarité ? », *RJ* 2004, n° 4, p. 2153.

<sup>6</sup> J. Hauser, « Le juge et la loi », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 149.

<sup>7</sup> Ph. Steffel-Munck, note D. 2002, 1979 ; C. Grimaldi, *Quel engagement et engagement en droit privé, rechercher sur la nature de l'obligation*, thèse Paris II, 2005, n° 477, p. 315 ; F. Teret, Ph. Simier et Y. Lequette, *Droit civil, la obligacion*, 9<sup>e</sup> éd., 2005, n° 42, p. 46 ; Th. Pazzon, *La sécurité juridique*, thèse Paris II, 2006, p. 761, n° 286.

contractuels plutôt que « du » solidarisme contractuel<sup>8</sup>. Et de fait, même si, on le verra, les auteurs partisans du solidarisme contractuel ont en commun beaucoup de choses, ils diffèrent sur ce qui constitue sans doute l'essentiel, le fondement de leur doctrine<sup>9</sup>. Selon un premier courant « d'inspiration sociale »,<sup>10</sup> qu'on a pu qualifier de « pessimiste »,<sup>11</sup> le solidarisme repose « sur le constat lucide (...) de profondes inégalités de classes, qui ne permettent pas à tous les individus – pourtant réputés semblables – d'exercer les droits dont ils sont virtuellement les titulaires ».<sup>12</sup> Prenant appui sur une analyse historique, ces auteurs soulignent la parenté étroite qui existerait entre notre époque et la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, marquées par le même risque de déchirure sociale et la nécessité d'y renfermer au moyen d'une régénération du pacte républicain<sup>13</sup>. À cet effet, il conviendrait de « restaurer la primauté du social au sein même de l'économie de marché et non à sa margé », au moyen notamment d'une intervention active du juge. L'engagement contractuel ne méritant protection que s'il est socialement utile<sup>14</sup>. Selon un second courant « d'inspiration morale »,<sup>15</sup> qui a pu qualifier d'« optimiste »,<sup>16</sup> il existerait entre les contractants une étroite communauté d'intérêts qui ferait du contrat un « haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tente de rendre toute justice à l'autre », en sorte que chaque contractant serait supposé y prendre en considération les intérêts de son partenaire autant que les siens propres, voire, pourquoi pas, les « privilégiés ».<sup>17</sup> Il importeraient en conséquence que chacun fasse preuve de « civisme contractuel »,<sup>18</sup> faute de quoi le juge serait là pour lui rappeler qu'il doit respecter ses devoirs de « loyaux, de solidarité et de fraternité ».<sup>19</sup> Dans cette conception, les savantes analyses historiques et politiques ne sont plus de mise, les auteurs préférant apprendre inlassablement le champ juridictionnel, afin d'y déceler les traces d'une meilleure justice contractuelle, supposée donner corps et crédit à leur théorie.

3. Reposant sur des fondements différents, ces analyses n'en présentent pas moins des traits communs qui expliquent leur regroupement sous la même étiquette solidariste. Tenants de la conception sociale comme adhérents

<sup>8</sup> C. Grimaldi, thèse prét., n° 472, p. 315.  
<sup>9</sup> C. Grimaldi, thèse prét., n° 477, p. 315.  
<sup>10</sup> Ph. Stoffel-Munk, note D 2002 1979.  
<sup>11</sup> C. Grimaldi, thèse prét., n° 477, p. 315.  
<sup>12</sup> C. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : bref épilogue », in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de L. Gruybaum et M. Nitord, 2004, p. 160, n° 2.  
<sup>13</sup> C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges J. Gobatin*, p. 445 ; <sup>14</sup> C. Jamin, art. préc., *Mélanges J. Gobatin*, 2004, p. 441.  
<sup>15</sup> Ph. Stoffel-Munk, note D 2002 1979.

<sup>16</sup> C. Grimaldi, thèse prét., n° 477, p. 315.  
<sup>17</sup> A. Sénaux, *Droit des obligations*, n° 53 in fine, p. 231 ; Ph. Le Touzeau, *Hors! D'allor droit civil*, V<sup>e</sup> Banne fol., n° 44.  
<sup>18</sup> D. Mareaud, art. préc., *Mélanges F. Terri*, 1999, p. 612 ; « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, 2004, p. 58.  
<sup>19</sup> D. Mareaud, art. préc., *Mélanges F. Terri*, p. 603 et s.

de la conception morale se déclament en effet d'une troisième voie, médiane entre libéralisme et socialisme<sup>20</sup>, lesquels sont qualifiés par eux respectivement de « bête » et de « bigot »<sup>21</sup>. Cette troisième voie se caractériserait par certains éléments communs, hautement revendiqués, ranc en ce qui concerne l'objectif poursuivi que les moyens préconisés. Tous courants confondus, les auteurs partisans du solidarisme contractuel aspirent à une meilleure justice contractuelle et croient dans les vertus de l'*intervention du juge* pour l'atteindre. Autrement dit, à défaut de reposer sur le même fondement, conception morale et conception sociale du solidarisme ont en partage *la fin et la moyen*.

#### Jouent sur la victime de l'insertion présentation

4. On achèvera la présentation de cette école en relevant que ses principes postulatifs ne résistent pas à tirer profit d'un double effet de « victimation » et de répétition afin de renforcer leur doctrine ainsi que la sympathie qu'ils en suscitent<sup>22</sup>.

« Victimation » : les idées de fil de la solidarisme contractuel, adoptant une posture identique, s'affichent volontiers comme persécutées. À les lire, leurs idées leur vaudraient d'être l'objet d'attaques aussi violentes que répétées. Quelques citations en donneront un rapide aperçu : « Il suffit d'enquer le mot de solidarisme contractuel pour déchainer de manières systématiques les critiques les plus virulentes, et à peu près de tous les bords politiques. Les qualificatifs les plus péjoratifs ont presque toujours été employés, depuis un siècle que les idées solidaristes ont commencé à voir le jour »<sup>23</sup>. « Aujourd'hui, la critique n'a rien perdu de sa virulence (et semble même) augmenter en volume au point de l'emporter chez un nombre croissant de juges (...) La conception solidariste du contrat suscite des réactions d'une particulière violence (...) Parfois, le ton monte encore d'un cran pour flétrir dans l'anathème »<sup>24</sup>. Et encore : le solidarisme contractuel est « brocardé », alors qu'il « mérite mieux que râteleries et invectives »<sup>25</sup>. De tels propos ne sont pas sans surprise, les critiques développées à l'encontre de l'école solidariste nous paraissent rester dans le champ du débat doctrinal traditionnel<sup>26</sup>. Faut-il y voir le signe de l'extrême susceptibilité des tenants de cette

<sup>20</sup> C. Jamin, art. préc., *Mélanges F. Terri*, p. 135 ; art. préc., *Mélanges J. Gobatin*, p. 445.  
<sup>21</sup> D. Mareaud, art. préc., *Mélanges F. Terri*, p. 608.  
<sup>22</sup> C. Jamin, art. préc., *Le solidarisme contractuel*, p. 159 ; art. préc., 9<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, p. 6.  
<sup>23</sup> C. Jamin, « Quelle nouvelle critique du contrat », in *Le rapporteur du contrat*, p. 17-20 et 26. Et de manière plus générale, C. Jamin, « La doctrine, explication de terre », *Mélanges F. Terri*, 2006, p. 225 et s. ; p. 233. « tout travail lucidément refléxit, préfère à d'éventuelles remises en cause, se faire entendre en France au prix fort, qu'il se traduise par un silence peinard ou une « fine politique ».

<sup>24</sup> D. Mareaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, p. 58 et 71.

<sup>25</sup> A supposer que des bornes aient été dépassées, il semblerait ailleurs que les dérapages soient tout au moins venus des solidaristes. Ainsi les qualificatifs de « bête » et de « bigot », appliqués par ceux-ci aux courants intellectuels dont ils entendent se démarquer

théorie ? L'explication est probablement autre. En se présentant comme crucifiés sur la croix juridique en raison de leurs idées, les auteurs solidaristes (en plus) !, en réalité, dans une posture particulièrement autoritaire et condamnable puisqu'elles sont de nature à leur valoir, dans l'opinion, une très forte sympathie. Qu'y a-t-il, en effet, de plus volontaire, dans la manière finalement omnipotente, que d'épauler publiquement, parce que militante pour plus de justice ?

**Répétition :** ces auteurs ont compris aussi que le rayonnement d'un discours doctrinal peut résulter tout autant de la répétition de celui-ci que de la qualité de l'argumentation qui le sous-tend. Aussi bien n'ont-ils pas méfagé leurs efforts et mastiquent-ils inlassablement le même message<sup>26</sup>. Cette insis-

quer, ne passeront que difficilement pour des compliments. Les solidaristes n'hésitent pas, au demeurant, à élaborer leurs contradicteurs par l'insinuation que leurs positions pourraient être le produit de leurs insuffisances plutôt que de choix assurés et raisonnés. Ainsi en intitulant l'une de ses études : « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? » (D 2005, p. 1828, note sous Civ. 1<sup>re</sup> 30 juin 2004). M. Denis Marezau laisse entendre que la réserve à l'égard de cette doctrine serait le fruit d'un caractère timide, voire craintitif, alors que, semble-t-il, de celles considérations n'en rien à faire dans le débat, lequel devrait être placé exclusivement sous le signe de la raison. C'est là, au demeurant une démarcation fréquente chez ces auteurs. C'est ainsi que dans son étude intitulée, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? », (Mélanges Xavier Bléme-Jakobson, 2005), p. 309 et s., sp. p. 313), il écrit : « ceux qui ont participé aux assemblées, qui ont adopté cette position (la participation à l'élaboration d'un droit européen des contrats), ont pu apprécier combien le sujet était sensible et constatez l'appréhension de beaucoup, l'hypocrisie d'un droit européen des contrats qui suscite dans l'opinion publique une certaine réticence, la peur, il est vrai que l'autre se conforme ici à l'un des traits les mieux saisis du discours eurosceptique dominant, lequel préfère en général traiter la partie adverse de « faiseuse », pluriel que de « récipice », à argumenter au fond avec elle. M. Christophe Jamin n'est pas en reste : « il nous faut (...) participer plus activement que nous le faisons aujourd'hui, aux différents réseaux de juristes européens qui constituent la *nouvelle élite juridique* en cours de formation, ce que la doctrine française dominante n'a pas encore vraiment perçue, à nouveau qu'il n'est trop bon pragmat et ne le redoute... » (« Vers un droit européen des contrats ? », Rec. Jur. Ann. mars 2006, p. 94 et s., sp. p. 104).

On notera, au passage, que cette curieuse présentation des querelles en termes de « peur » fait, semble-t-il, des émules : voir J.-P. Barudio, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », Mélanges Paul Lapeyre, 2005, p. 93 et c.

Si pour les deux chefs de file du solidarisme contractuel, M. Christophe Jamin et M. Denis Marezau, chaque nouvelle année apporte comme naturellement « nouvelle » étude, cette répétition se développe sur des modes différents. Pour M. Christophe Jamin, il s'agit presque toujours, après avoir rendu à l'ordre des contrats sa pleine dimension politique et sociale grâce à l'histoire, d'envisager celui-ci du point de vue de la politique juridique contemporaine (« Révision et intégrification du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine*, mars 1998, n° 38, p. 46 ; « Henri Capitant et René Denoix : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal » Mélanges F. Terri, 1999, p. 123) ; Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », Mélanges J. Grébert, 2001, p. 441 ; « Quelle nouvelle crise du contrat ? »,

tance a, au demeurant, été couronnée de succès puisque le thème du solidarisme contractuel a, comme on l'a déjà relevé (*infra*, n° 1), investi le champ doctrinal français. Des colloques<sup>27</sup> et une monographie<sup>28</sup> en ont fait l'objet de leur étude. Et on ne compte plus les thèses, les articles, les notes de jurisprudence – approbateurs, sceptiques ou critiques – qui y consacrent une partie de leurs développements ou qui le mettent à l'épreuve à propos de telles ou telles questions concrètes.

5. C'est dire que le moment paraît propice pour tenter de dresser un bilan du ou, plus exactement, des solidarismes contractuels. Ceux-ci s'assignent pour objectif de renforcer la cohésion du lien social en développant une nouvelle conception du contrat, on s'emploiera à rechercher quel est, sur chacun de ces points, leur apport effectif. Il pourra être étonnant d'entreprendre un tel bilan dans des Mélanges destinés à honorer l'un des plus grands maîtres du droit des affaires, lequel est bien sûr très extérieur à ces controverses. Mais, pratiquant un droit des affaires solidement ancré dans le droit civil, M. Paul Didier a élaboré des catégories qui, on le verra, sont d'une extrême utilité pour analyser et apprécier la pertinence des solidarismes contractuels.

### I. – LE CONTRAT

6. Les solidaristes sont animés par une vision du contrat (A) qui les porte à privilégier l'emploi de certains moyens (B) afin de parvenir à une meilleure justice contractuelle. On s'intéressera sur la pertinence de la première et des seconds.

in *La nouvelle crise du contrat*, 2003, p. 7 et s. ; « Le projet du solidarisme contractuel : bâtons-d'épiques », in *Le solidarisme contractuel*, 2004, p. 159 ; « Le solidarisme contractuel : un regard franco québécois », 9<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, 2005, p. 3) ; M. Denis Marezau donne, quant à lui, l'image d'un auteur qui aurait en mains un jeu de cartes, formé d'un certain nombre de décisions de justice, toujours les mêmes à quelques ratés arrière nouveau piét, qu'il étaisrait et analyserait au fil des suites choisies (« Loyauté, solidarité, intérité : la nouvelle dérive contractuelle ? », Mélanges F. Terri, 1999, p. 603) ; « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Né quisque sibi non patet » atelier trop loin », in *La crise du contrat*, 2003, p. 135 ; « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295 ; « Solidarisme contractuel et rédaction du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, 2004, p. 57 ; « Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime », Mélanges J.-L. Auber, 2005, p. 235 ; « La révision du contrat », LPA 30 janvier 2005, p. 4 et s. ; « La politique contractuelle de la Cour de cassation », *Libre propos sur la source du droit*, Mélanges P. Jaffet, 2005, p. 271).

Ces colloques sont de tonalité différente. Le premier (*La nouvelle crise du contrat*, 2003, sous la direction de C. Jamin et D. Marezau) rassemble uniquement les membres ou les sympathisants de l'école. Le second (*Le solidarisme contractuel*, 2004, sous la direction de L. Grinbaum et M. Nicod) conforte des points de vue de possibilité différente.

28 Anne-Sylvie Courdier, *Le solidarisme contractuel*, thèse Dijon, 2003.

## A. - Une vision du contrat

7. On relève le plus souvent cette vision renouvelée du contrat au père fondateur, René Demogue<sup>29</sup>. Chacun connaît sa formule fameuse dont se réclament aussi bien les tenants de la conception sociale que les adeptes de la conception morale du solidarisme contractuel<sup>30</sup>: « les contractants forment une sorte de petit microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale »<sup>31</sup>. Cette pensée n'était, au demeurant, pas sans antécédents. Déjà Goujon professait qu'il convenait de faire du contrat individuel non plus le « lieu du choc désordonné de deux égoïsmes (mais) un principe d'union et de solidarité »<sup>32</sup>. Autrement dit, 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, tout en devrant de respecter les intérêts de son partenaire. Mais ce principe d'union peut, lui-même, être l'objet de plusieurs lectures qui conduisent, comme on l'a vu, à deux conceptions, l'une sociale, l'autre morale, du solidarisme.

## 1) La conception morale

8. Se baptisant eux-mêmes « militaires du solidarisme contractuel », les tenants de la conception morale déduisent du principe d'union dégagé par René Demogue les conséquences les plus extrêmes. Glissant de la solidarité à la fraternité, ils considèrent que l'union des intérêts existant entre les contractants devrait conduire chaque contractant à « centrer son attention non plus seulement sur soi mais également sur l'autre, afin de rechercher et de servir l'intérêt de ce dernier »<sup>33</sup>. Cette aspiration fraternelle commanderaient à « d'autrui (son cocontractant) comme un frère »<sup>34</sup> et « se déployerait dans le

## → CONCEPT SOLIDAIRE OU MORALE DU SOLIDARISME

droit des contrats (...) en une sorte d'obligation de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain »<sup>35</sup>. En effet, la franchise solidaire débouche sur une sorte de devoir d'abnégation qui ferme sentiment des effets mais l'humain de la conclusion du contrat qui, de ce fait, de son émanation, « se forme(fait) ainsi une nouvelle conception du contrat, instrument de coopération, havre de fraternité, rencontre de deux intérêts communs qui coopèrent fructueusement »<sup>36</sup>.

9. Au premier abord, une telle analyse n'est pas sans surprendre. Bien sûr, la fraternité n'est pas étrangère aux rapports humains. Mais les sociologues nous apprennent qu'elle déploie habuellement ses effets au sein de ce qu'ils nomment la « socialité primaire », laquelle se confond pour l'essentiel avec les relations familiales ou d'amitié dans lesquelles le lien personnel est cultivé pour lui-même. Le contrat est, au contraire, généralement présenté comme un instrument de la « socialité secondaire », laquelle réunit des individus qui n'ont entre eux que le lien anonyme, impersonnel et superficiel qui résulte de leur appartenance à une même société<sup>37</sup>. Il est alors question entre eux non d'un rapport d'alliance, à forte tonalité affective, mais tout au plus d'un rapport objectif d'intérêts où chacun cherche à se procurer auprès des autres ce qu'il n'a pas lui-même. Aussi bien a-t-il été souligné que si les contractants, et plus généralement les individus, étaient réellement animés entre eux par « la satisfaction du bien commun, le solidarisme serait une observation, non une proposition »<sup>38</sup>. Et de fait, le solidarisme dans sa version morale débouche inéluctablement sur le dilemme suivant : ou bien « le stoïcisme est vrai », chaque contractant est naturellement porté à se comporter en frère pour l'autre et il n'est nul besoin de faire appel au droit ou bien la rigueur morale n'est pas au rendez-vous et il faudra déployer une dose de contrainte particulièrement forte pour l'imposer aux intérêts<sup>39</sup>.

10. On perçoit ainsi que, derrière la conception morale du solidarisme contractuel, c'est une certaine *virtus de l'homme* qui est en cause. Celui-ci est-il d'abord porté à la défense de ses propres intérêts ou à celle des intérêts d'autrui ? Les tenants de la conception morale du solidarisme contractuel penchent implicitement pour la seconde branche de l'alternative. Mais en se déterminant ainsi, ils construisent le droit des contrats en fonction d'un

<sup>29</sup> Du moins si l'on considère le solidarisme contractuel et non le solidarisme juridique. Sur les origines, voir Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, p. 3 et s. Sur Demogue, voir C. Jamin, « Demogue et son temps : réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques contemporaines*, mars 1998, p. 46 et s., pp. 55-56.

<sup>30</sup> On n'en sera pas surpris pour les tenants de la conception morale. Mais les partisans de la conception sociale se placent également sous le patronage de René Demogue. C'est ainsi que M. Christophe Jamin y fait largement référence dans son article fondateur (« Révision et inégalibilité du contrat, ou la double philosophie du contrat », *Droit et patrimonialisme*, mars 1998, p. 46 et s., pp. 55-56).

<sup>31</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, 1991, n° 3.

<sup>32</sup> E. Goujon, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, 1912, p. 23.

<sup>33</sup> D. Mazzoni, a.r. préf., *Le solidarisme contractuel*, p. 57.

<sup>34</sup> A. Sétraux, *Droit des obligations*, n° 55, in fine. Il est vrai qu'il est, dans le même temps, difficile de considérer que M. Alain Sétraux appartient à l'école solidaire, dans la mesure où celui-ci refuse toute possibilité de révision du contrat par le juge pour

homme idéalisé<sup>40</sup>. Un tel contrat n'étais, au demeurant, nullement les tenants de la conception morale du solidarisme. C'est ainsi que M. Denis Mazaud n'hésite pas à écrire : « Je ne partage pas l'idée que le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on pourrait qu'il fut. L'imperméable à cet esprit de résignation, je rejoins pour une fois Riper, lorsqu'il affirme qu'un juriste doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral et parce qu'il a une parcelle de puissance intellectuelle (...) utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances »<sup>41</sup>. Fort bien ! Mais il n'est pas certain que les tenants de la conception morale du solidarisme soient pleinement conscients des conséquences qui s'attachent à une telle profession de foi. Au nom d'un idéalisme au premier abord fort sympathique, il s'agit en effet de rien moins que de remodeler la nature humaine. La vision solidariste dans sa version morale n'est, en effet, viable qu'à la condition de forger un homme nouveau, un homme régenéfique qui place l'intérêt d'autrui au même niveau que le sien propre, voire au-dessus. Or l'histoire nous renseigne sur ce qu'il advient lorsqu'on s'essaie à de telles entreprises. Toutes propositions gardées, Maximilien de Robespierre à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle ou l'Anine et ses émules dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle se fixèrent pour objectif de donner naissance à un « homme régenéfique »<sup>42</sup>, sans les ménier sur les moyens. Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'homme s'est révélé une cire moins malléable que certains ne l'avaient cru. Comme on a pu l'écrire : « pour que le communisme, tel que Marx l'avait conçu, ait une chance de réussir, il fallait au moins une chose : que les hommes cessent d'être egoïstes et deviennent au moins plus haut que leur intérêt particulier (...) Il était donc inévitable qu'il échoue (...) puisque les hommes sont égoïstes et mettent toujours, à l'échelle des plus grands nombres, leur intérêt particulier plus haut que l'intérêt général. Il était donc à peu près inévitable que la communauté devienne rotaitaire, puisqu'il fallut bien imposer par la contrainte, ce que la morale, très vite, s'avéra incapable d'obtenir. C'est ainsi que l'on passe de la belle utopie marxiste, au XIX<sup>e</sup> siècle, à l'horreur totalitaire que chacun connaît au XX<sup>e</sup> siècle. Il fallait renoncer au rêve ou transformer l'humanité. On entrepris donc de la transformer (propagande, bousculade de crise, camps de rééducation, hôpitaux psychiatriques...) et ce fut l'échec sanglant que l'on

40. Il est vrai que la philosophie morale pose pour postulat de base de Socrate à Kant : qu'il vaut mieux subir une injustice que d'en commettre une (H. Arendt, *Responsabilité et jugement*, 2005, p. 104). Mais en échouant un tel précepte, elle vice moins à organiser les rapports de l'homme avec autrui qu'à poser une directive qui permette à chaque homme de se respecter soi-même, d'établir un rapport harmonieux entre le Je et le Soi. Or, conçu pour la vie collective, le troisième vise non la perfection de chaque individu mais à assurer l'ordre et la paix sociale. Aussi bien, a-t-on souligné que la morale sociétique n'est politiquement pertinente qu'en temps de paix et que le Soi, pris comme entité unique de la conduite morale, pour des questions relevant de la conduite quotidienne. crit en général une « fraude » (H. Arendt, op. cit., p. 131).

41. D. Mazaud, a.c. préc., *Le solidarisme contractuel*, 1989.

42. Mona Ozouf, *L'homme régenéfique*, 1989.

Comparaison ac le  
commissaire, davenu  
totalitaire jusqu' il a  
fallut passer par la  
colonisation pour transfor  
mer et les obligeur à  
à un bon sens à  
peu près

sais »<sup>43</sup>. Le solidarisme, dans sa version morale, appelle un constat analogue : pour qu'il prospère, il conviendrait que les individus soient prêts à sacrifier leurs intérêts à ceux d'autrui, faire de quoi il ne restera plus qu'à placer un juge derrière chaque contractant. Est-ce raisonnable ? Qu'on nous comprenne bien, il ne s'agit nullement d'assimiler les tenants de la version morale du solidarisme à quelques autoritaires sanguinaires<sup>44</sup>, mais seulement de rappeler

43. A. Corcuff-Sponville, *Le capitalisme est-il moral?* 2004, p. 81.

44. On prend le soin d'appeler cette précision, afin d'éviter toute nouvelle confusion sur l'interprétation de ce rapprochement historique. Des membres de la doctrine juivo-quant, à propos de l'élaboration d'un code civil européen, le « sens de l'histoire » (B. Faivre-Casson, *RID* én. 2002/75 ; D. Tallon, *Mélanges Henri Fontenelle*, 2004), argumentent souverain en ce qu'il dispense de l'élégance et d'argumentation, nous avions rappelé que le sens de l'histoire concluait, pour un grand nombre d'intellectuels, au début des années quarante, à « l'Europe nouvelle de Hitler » (voir B. Brunet, *L'Europe nouvelle* » de Hitler, 2003) et, au débûr des années cinquante, au triomphe influencé du marxisme (Y. Lequette, « Vers un Code civil européen ? », *Pauwels*, 2004, n° 107, p. 91 et s., sp. p. 123 ; « Dans célébration à l'autre 1904-2004 », in *Code civil, un bout un profit, un avenir*, 2004, p. 9 et s., sp. p. 28). Et M. Denis Mazaud de tomber aussi bas face à ces rappels : « Par ailleurs, on ne peut évidemment laisser sans réponse la très forte analogie historique opérée pour critiquer ceux qui invoquent le sens de l'histoire afin d'éviter plus argumentaire en laveur d'un droit européen des contrast. La critique est, pour le moins, d'une extrême sévérité. Que l'on sache, en effet, les objectifs poursuivis par les apôtres de la construction européenne ne se réalisent ni du fanatisme, ni du racisme, ni du nazisme, ni de l'endocrinément idéologique, et l'histoire de l'Union européenne ne s'est pas édifiée sur des guerres barbares, des bains de sang, des déportations massives et des exterminations planifiées ! etc., etc. » (« Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrast ? », *Mélanges X Blanqui-Jaurès*, 2003, p. 309 et s., sp. p. 318). Le propos paraissait pourtant pourtant clair. Il s'agissait non, comme le croit M. Denis Mazaud, d'assimiler l'Europe de Bruxelles au national ou au communisme, mais de rappeler que l'argument tiré du sens de l'histoire est sans pertinence, car il est radicalement vérifié. Il n'a pas de sens de l'histoire ». En revanche, on peut déduire de celle-ci des « leçons » (Marc Bloch, « Que demander à l'histoire ? », in *L'histoire, la guerre, le récit*, 2006, p. 469 et s., sp. p. 474). Ceci étant, puisque M. Denis Mazaud a choisi de placer la discussion sur ce terrain, on fera remarquer qu'il est aujourd'hui possible de penser assez loin le parallèle entre l'ex-URSS et l'actuelle US à où l'URSS s'illustre par ses plans aux objectifs ambitieux et fermes au contraire parce que totalement irréalistes, l'USSR s'illustre par son programme de Lisbonne, adopté en mars 2000 et prévoyant que l'UE ratifierait les Etats-Unis d'Amérique en 10 ans. Et cette notamment à « l'économie de la connaissance » et à l'ento. Résultat, l'Europe s'est encore creusé, spécialement pour les pays membres de l'UE appartenant à la zone euro (sur le programme de Lisbonne, voir A. Bourard et J.-C. Lereque, *L'Europe qui sombre*, 2006, p. 65 et s.). Les ingédients présentent, au demeurant, une réelle similitude : mêmes wanquillantes déclencheuses des peuples, mêmes élites et irresponsables politiquement; même inadequation des doctrines économiques (économie planifiée dans un cas, conception étriquée de la concurrence concenée sur le marché européen dans l'autre, qui empêche les entreprises européennes de constituer des groupes de taille mondiale, alors même que la suppression du tarif extérieur commun a dissipé le marché européen dans la mondialisation cf. Legrand-Schneider), même négligence de la démocratie (les Danois ont voté non au Traité d'Amsterdam, qu'ils revotent, plusieurs fois si le fait, les Irlandais ont voté non au Traité de Nice, qu'ils

- l'i. est égale part  
- nature et le cont -  
- au rôle n'a pas forcé -  
- m + de bons résultats -

que toute construction sociale qui est fondée sur une vision fausse de l'homme est vouée à l'échec. De ce point de vue, on ne peut que souligner le réalisme de la conception qui guidait les rédacteurs du Code civil et qui explique probablement la pérennité de leur œuvre. Anéantie par un pessimisme anthropologique, ils ont perçu l'individu comme extrêmement imparfait et égoïste.

Aussi bien, ne s'agissait-il nullement, au moyen du Code civil, de s'attacher à la perfection des individus, mais de laisser à l'homme les défauts de sa nature et de les faire tourner au bien de la société en usant de dispositifs adaptés – propriété, contrat, responsabilité, ... – qui nusent sur une recherche raisonnabla de l'intérêt particulier. C'est ainsi qu'ils ont rabâché pour organiser le droit civil français, non sur une hypothétique solidarité humaine, mais sur le fait que les hommes portent très naturellement plus d'attention à leurs intérêts propres qu'à ceux d'autrui<sup>45</sup>.

11. On ne poursuivra pas, au demeurant, plus loin la critique du solidarisme contractuel dans sa version morale, nombre d'auteurs solidaristes ayant pris leur distance avec celle-ci pour lui préférer sa version sociale. C'est ainsi que, tout en se plaignant sous le patronage de René Demogueur, M. Christophe Jamin a très vite marqué son scepticisme à l'égard de l'assimilation, pratiquée par certains, entre solidarité et fraternité : « ce mot [solidarisme] a depuis été repris et son usage parfois critiqué, mais dans un sens qui ne semble pas

<sup>45</sup> revocent, les Français et les Néerlandais ont voté non au projet de Constitution, on se propose de leur consentement et on se propose d'utiliser d'autres voies, même en l'absence d'Européens victimes de la souveraineté limitée qui impose l'UE aux peuples qui la composent, etc. On se garde bien sûr de courir parallèle entre l'UE et l'« Europe nouvelle ». On rappellera seulement que le thème de l'Europe était très présent dans la propagande du III<sup>e</sup> Reich (sur cette question voir l'extraordinaire ouvrage de l'historien britannique J. Laughton, Le libéralisme national, 2001, dont la première partie est consacrée à l'analyse critique des idéologies des fascistes et des féodalités européennes) et que certains groupes qui militent pour un découpage ethnique de l'Europe débouchent sur une Europe fédérée des régions, sous forme d'une fédération directe du mouvement national-socialiste et des objectifs qu'il poursuit en ce qui concerne la configuration de l'Europe (sur cette question, voir P. Hülund, Mémoires et réflexions sur l'Europe fédérée des régions, Paris, 5<sup>e</sup> éd., 2001 ; H.-R. Minow et W. von Goldschmidt, La paix à l'œuvre, la politique extérieure allemande et le renouvellement ethnique de l'Europe, tard française, 2002 ; voir aussi Y. Lequette, *art. préc.*, Pauvreté, n° 107, Le Code civil, p. 118 et 119).

Sur cette question, voir K. Marcus, « L'individualisme libéral en France autour de 1800, essai de spectroscopie », Révue d'histoire du droit et de la science juridique, 1987, n° 4, p. 87 et s. ; « Bourlémont politiques du Code Napoléon », RTD 2003, p. 247 ; J.-P. Noët, Thèmes civils, réflexion pour un bilan politique du Code civil, thèse, Paris, 1, 2004 ; Y. Lequette, « Le don est la serment des meurs », in La dation et le don, Portraits d'actes civils après le Code Napoléon, 2004, p. 391 et s. Comme l'écrivait Pordat dans son Examen des diverses observations proposées contre le projet de Code-civil : « un législateur qui voudrait comprendre dans son rôle tout ce qui appartient à la morale, serait forced de conférer une puissance trop arbitraire à ceux qui exécutent ses règlements ; il croirait protéger la vertu, il ne ferait qu'établir la tyrannie ».

## Réducteurs du CC :

### nech = raisonnable de

### l'île partie (gandant

### à l'exempt à l'h

### v. obéi pas traité

### S'en suit, deux de formes

### de la volonté et l'obligation di

### l'obligation de la force

toujours lui faire justice, parce qu'il est à la fois confondu avec le terme ambigu de « fraternité » et assimilé à une vision idyllique ou sentimentale et donc irréalistes de la nature humaine et des rapports contractuels (...). Il me r'agit [en effet] nullement d'affirmer une quelconque fraternité de nature *sensitive* entre les parties »<sup>46</sup>. Et encore : « le solidarisme contractuel n'est donc ni sentimental ni révolutionnaire et il relève d'une anthropologie fort différente de la fraternité »<sup>47</sup>. Poursuivant dans cette voie, M. Jean-Pascal Giaza souligne que « parler d'amitié ou de fraternité à propos des rapports contractuels, c'est d'une part galvauder des sentiments nobles et élevés et d'autre part se méprendre sur la nature réelle des liens qui se nouent entre contractants (...) La fraternité entre contractants de par son irréalité, est à la fois utile et perverse, au sens *éthymologique* du mot (...) Plutôt que de se bercer d'illusions et espérer en un tentant d'imposer que les contractants se traitent comme des frères, mieux vaut tenir compte de cette réalité qu'ils n'en sont pas et n'en seront jamais, chacun essayant de manœuvrer au mieux pour détourner ses intérêts et maximiser son avantage. Le plus souvent, les contractants ne sont pas dans un rapport d'amour, vision qui relève de l'angélisme contractuel, mais dans un rapport de force. »<sup>48</sup> Ainsi, dans cet état de choses, il convient une compréhension pragmatique. L'importante n'est pas qu'il faille affirmer que les individus n'agissent pas de la manière qu'ils provoquent dans les interactions entre eux. Pour ce faire, null besoin de sentimentalisme. C'est en prenant conscience que le contrat est un *lien contractuel*, et non un lien fraternel, que l'on pourra efficacement *construire* des moyens juridiques pour protéger certaines parties vulnérables, sans toutefois sceller le dynamisme économique »<sup>49</sup>. Mais avant d'aborder l'étude de ces moyens, il importe d'approfondir la vision qu'ont du contrat les tenants de la conception sociale du solidarisme contractuel.

### 2) La conception sociale

12. Tout en adhérant à l'idée que le contrat est un principe d'union, M. Christophe Jamin refuse de se laisser entraîner du côté de la fraternité et de la sentimentalité, et s'entretient fermement avec l'idée de *solidarité*. Pour lui, le contrat est un « instrument de solidarité où l'échange des services doit l'emporter sur l'expression des intérêts »<sup>50</sup>. « À l'image du don, il est tout autant l'expression d'un lien social qu'il sera à mettre en scène que le support technique des échanges économiques »<sup>51</sup>. Si on comprend bien la pensée de l'auteur, le contrat serait solidaire parce qu'il serait au service du lien social.

<sup>46</sup> C. Jamin, *art. préc.*, Mémoire J. Gauthin, p. 471 (C'est nous qui malisons).

<sup>47</sup> C. Jamin, *art. préc.*, 9<sup>e</sup> conférence Albert-Bayard, p. 16.

<sup>48</sup> J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in La nouvelle crise du contrat, p. 99 et s., ap. p. 121-122 ; rapp. F. Terrié, Ph. Simier et Y. Lequette, La déliquescence, n° 42.

<sup>49</sup> C. Jamin, *art. préc.*, La nouvelle crise du contrat, p. 13.

<sup>50</sup> C. Jamin, *art. préc.*, Mémoire J. Gauthin, p. 471.

Reste alors à savoir comment le contrat sera le lien social, car le mot de « solidarité » ne va pas lui-même sans beaucoup d'ambiguïté. lorsque M. Christophe Jamin opère un rapprochement entre le contrat et le don, pour souligner que le premier est « à l'image » du deuxième l'expression d'un lien social, il entretient voire même cultive l'équivoque, car la solidarité qui est sous-jacente à l'un et à l'autre est profondément différente. Celles, le don peut être mis au service de la cohésion du groupe social. Mais par solidarité, on vise alors un échange radicalement déséquilibré puisqu'il s'agit en principe de rendre le pauvre moins pauvre et le riche moins riche. Aussi bien, dans cette veine, la société ne s'en remet-elle plus aujourd'hui exclusivement à la générosité des particuliers mais organise-t-elle des systèmes de redistribution de masse qui assurent au moyen de transferts sociaux la protection contre les risques liés à la maladie, à la vieillesse ou à l'exercice d'une profession. Il est alors question entre les participants non de justice communative mais de justice distributive, les uns payant plus qu'ils ne reçoivent, les autres recevant plus qu'ils ne payent à supposer même parfois qu'ils payent pas à cette solidarité là que M. Christophe Jamin entend se référer, lorsqu'il professe que le contrat est au service du lien social. Son dessin est, en effet, de faire en sorte que, « dans un contexte d'inégalité, chacune des parties, et non pas seulement la plus puissante, (puisse) tirer un bénéfice du contrat »<sup>51</sup>. Autrement dit, ce qui préoccupe M. Christophe Jamin, ce n'est pas l'échange solidaire au sens d'échange déséquilibré venant rebâtir la cohésion du groupe par la satisfaction principale ou exclusive des plus faibles<sup>52</sup>, mais l'échange marchand lequel par l'équilibre de ses prestations doit permettre la satisfaction des deux parties. C'est une autre conception de la solidarité qui est alors en jeu. Il s'agit, en effet, simplement de constater qu'il existe une interdépendance entre les membres d'une même société, laquelle ne fait que croître au fur et à mesure que celle-ci se complexifie et que l'activité de ses membres se diversifie. Du fait de la division accrue du travail social, les échanges deviennent de plus en plus indispensables, « change contractuel étant intéressé par la différence de l'autre et cherchant à obtenir de lui ce qu'il n'a pas »<sup>53</sup>. Mais on perçoit mal où est, dans cette conception, le bur commun, le principe d'union existant entre les contractantes, chacune des parties poursuivant la réalisation d'un objectif et la satisfaction d'un intérêt qui lui sont propres. En réalité, il semble bien qu'il y ait de troisième voie entre libéralisme et socialisme, on soit ici en présence d'une conception de la solidarité qui concorde parfaitement avec la vulgate libérale. Pour celle-ci, l'homme est un être à la fois **sociable** et **égoïste**; et il faut faire en sorte que cette « insociable sociabilité » se résolve en échanges plutôt qu'en conflits. Dans cette conception,

l'intérêt est ce qui nous relie en même temps qu'il nous sépare »<sup>54</sup>. Et, comme Adam Smith l'a souligné, il a déjà bien longtemps, *dans la richesse des nations*, « ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière et du boulanger que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme »<sup>55</sup>. Besoin d'autrui et égoïsme viennent alors s'appuyer mutuellement<sup>56</sup>. Le lien social se confond ainsi avec l'échange marchand, la relation d'échange créant entre les membres de la société qui y participent une convergence objective d'intérêts. A nommer celle-ci solidarité on constate que « le marché est une formidable machine à produire de la solidarité – non parce qu'il échapperait à l'égoïsme, comme le voudraient les Belles âmes, mais parce qu'il s'y soumet »<sup>57</sup>. Ainsi, détruire la confusion entretenue par la référence à des conceptions différentes de la solidarité – le don, l'échange – il semble qu'en se proposant de réintroduire « le social » au cœur du marché, les tenants de la version sociale du solidarisme visent essentiellement à ce que les échanges rendus nécessaires par la division du travail social s'effectuent de manière équilibrée, ce qui en fait de modernité nous ramène à la justice communautaire d'Aristote et aux canonistes.

14. Dans cette conception, si modernisé il y a, elle est dans la référence au fameux principe d'union existant entre les contractants, lequel serait en quelque sorte le ressort de cet équilibre. Mais il semble bien que ce principe d'union ne soit lui-même que le produit d'un enorme malentendu. Pour en prendre conscience, le mieux est sans doute de procéder à un rapprochement entre la fameuse formule fondatrice de René Demogue et la traduction qu'en donne aujourd'hui M. Christophe Jamin. Comme on l'a déjà rappelé, pour René Demogue, « les contractants forment une sorte de petit microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, *absolument comme dans la société civile ou commerciale* », ce que M. Christophe Jamin exprime de la façon suivante : « Il (René Demogue) propose (de) renover l'interprétation (des contrats) pour en faire le siège d'un véritable devoir de coopération entre les contractants parce que ceux-ci "forment une sorte de microcosme", c'est-à-dire "une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun". Autrement dit, *le contrat est à l'image de la société dans son entier : il doit être gouverné par un principe de solidarité* »<sup>58</sup>. On perçoit entre ces deux présentations, ce qu'il faut bien appeler, semble-t-il, un tour de passe-passe. Alors que René Demogue faisait reposer son principe d'union sur l'identification du contrat

<sup>54</sup>. A. Comte-Sponville, *op. cit.*, p. 121.

<sup>55</sup>. A. Smith, *La richesse des nations*, I. Gauthier Flammarion, 1992, p. 82.

<sup>56</sup>. Rappel J. Cambonier, *Droit civil, les obligations*, n° 113.

<sup>57</sup>. A. Comte-Sponville, *op. cit.*, p. 126.

<sup>58</sup>. C. Jamin, *art. préc.*, *Mélanges J. Gobat*, p. 451. C'est nous qui soulignons, rappel du même auteur, art. préc., *La nouvelle crise du contrat*, p. 12.

<sup>51</sup>. C. Jamin, *art. préc.*, *La nouvelle crise du contrat*, p. 19.  
<sup>52</sup>. Sur cette question, voir M. Magnan, *art. préc.*, *RRJ* 2004, p. 2153 et s., n° 53 et s.  
<sup>53</sup>. M. Magnan, *art. préc.*, *RRJ* 2004, p. 2162, n° 25.

au contrat de société, M. Christophe Jamin, gommant le dernier membre à « phrase » qui faisait référence à celui-ci et jouant de l'ambiguité du mot « société », préfère mettre le contrat en relation avec « la société dans son entier ». Autrement dit, alors que René Demogue employait le mot « société » dans son sens technique, M. Christophe Jamin le comprend dans son sens le plus général. Pourquoi une telle manipulation ? Parce que chacun sait aujourd'hui, grâce aux magistrales études de celui que cet ouvrage est destiné à honorer, que l'assimilation à laquelle procède René Demogue repose sur un postulat inexistant. En voulant que tous ces contrats soient traités sur le modèle du contrat de société, Demogue assimile, en effet, deux types d'opérations irreductibles l'une à l'autre, et donc M. Paul Didier a depuis clairement mis en évidence les différences, le contrat-échange et le contrat-organisation. « Les contrats-échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A ». Le modèle en est la vente. « Les contrats-organisation instituent une coopération entre A et B lesquels mettent en commun des choses qui jusqu'à leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe ». Le modèle en est la société. « Le premier type de contrat établit entre les parties un jeu à somme nulle, en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd ; les intérêts des contractants y sont donc très largement divergents, même s'ils peuvent ponctuellement converger. Le deuxième type de contrat, au contraire, crée entre les parties les conditions d'un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement ; leurs intérêts sont donc structurellement convergents, même si cela exclut pas des situations de divergence », par exemple entre minoritaires et majoritaires<sup>60</sup>. Obéissant à deux logiques différentes, ces deux catégories de contrats ne sauront relever de la même philosophie. Alors que le contrat-échange est le produit d'une rencontre de volontés qui constate la coïncidence circonstancielle d'intérêts différents, voire opposés, le contrat-organisation prend sa source dans un concours de consentements poursuivant un objectif commun<sup>61</sup>. C'est dire qu'en les identifiant l'un à l'autre René Demogue commettait une confusion qui témoigne d'un déficit certain d'analyse et de technique juridiques, déficit qui lui fait d'ailleurs déjà reprocher en son temps par Henri Capitant. En prenant comme élément de référence non plus le contrat de société mais la société dans son

<sup>59.</sup> À cet égard, il est intéressant de constater que la façon dont M. Christophe Jamin cite la formule de Demogue a évolué au cours du temps. Dans sa première étude, il la classe en extenso (art. préc., *Droit partagé*, 1998), mais (1998, p. 56), dans la dernière il la conçoit en omettant le dernier membre de phrase (art. préc., 3<sup>e</sup> conférence Alber-Mayrand, p. 15).

<sup>60.</sup> Paul Didier, « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mélanges F. Terri*, 1999, p. 636.

<sup>61.</sup> Paul Didier, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJL* (nov. 1993, n° spécial, L'échange des consentements

<sup>62.</sup> Sur ce point, voir G. Janin, art. préc., *Mélanges F. Terri*, 1999, p. 132.

enseable, M. Christophe Jamin évite cet écueil, mais ce faisant il en fait immédiatement surgir un autre. On retrouve alors, en effet, notre interrogation précédente : en quoi, le fait d'affirmer que le contrat « est à l'image de la société en son entier » et qu'il doit être gouverné de la même façon que celle-ci par le principe de solidarité est-il de nature à renouveler l'analyse juridique de celui-ci<sup>62</sup> ?

S'il s'agit simplement de constater que, en raison d'une division accrue du travail social et donc d'une interdépendance plus grande des individus, les échanges sont devenus particulièrement nécessaires, il n'y a rien de bien nouveau, on l'a vu, par rapport à l'approche libérale traditionnelle. Et s'il s'agit de rappeler que ces échanges doivent être aussi équilibrés que possible, on retrouve le vieux débat visant à déterminer dans quelle mesure et par quelles voies les volontés individuelles doivent être soumises au contrôle social. En définitive, la référence à la solidarité n'apporte, en ce qui concerne la vision du contrat, rien d'original, si ce n'est une phraséologie creuse. Comme on a pu l'écrire : « des mots, des mots... »<sup>63</sup>.

15. Ce n'est pas qu'une telle entreprise soit hors d'atteinte. Mais pour s'en rapprocher, il aurait fallu, plutôt que d'ignorer la distinction posée par M. Paul Didier, s'employer à la prolonger. Et de fait, comme cela a été souvent relevé, il existe entre les contrats qui reposent sur une franche opposition d'intérêts et ceux qui créent une réelle communauté d'intérêts « toute une gradation de situations »<sup>64</sup> qui donnent naissance à une réalité hybride. Afin d'essayer de la cerner, plusieurs démarches sont concevables. Certains redéfinissent un des termes de la distinction afin de lui permettre d'englober l'ensemble des situations. C'est ainsi que M. Alain Sétaux distingue les échanges de biens et les alliances de personnes<sup>65</sup>, ce qui conduit à la distinction du contrat-échange et du contrat-alliance<sup>66</sup>. D'autres s'efforcent de cerner la réalité intermédiaire en mettant l'accent sur la notion de contrat relationnel, tel quel « se greffe sur un véritable rapport social et comporte une certaine densité dans le temps », en sorte qu'il acquiert « une qualité évolutive et solidaire »<sup>67</sup> ou encore en cherchant dans la direction du contrat d'intérêt commun qui mène le contrat-échange, puisqu'il y a fourniture de biens ou de services moyennant rémunération, et le contrat-organisation en ce que celui

<sup>63.</sup> Rapport M. Migeon, art. préc., *RJL* 2004, p. 2163, n° 21.  
Ph. Malaurie, L. Nykjaer et Ph. Sosset-Moreck, *Le déléguant*, 2<sup>e</sup> éd., 2001, n° 751.

<sup>64.</sup> Voir par exemple M. Migeon, art. préc., *RJL* 2004, p. 2172, n° 29.

<sup>65.</sup> A. Sétaux, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 1998, n° 55, p. 290.

<sup>66.</sup> A. Sétaux, *Introduction à le droit*, 1997, n° 22, p. 110.

<sup>67.</sup> H. Muir Watt, « Du contrat relationnel » in *La relation du contrat*, Travaux Association Henri Capitant, 1999, p. 169 ; Y. M. Lachhab, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », D. 2006, p. 1003 ; rapport R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », *Mélanges J.-L. Alber*, 2003, p. 211 et suiv. M. Gacoin, « Le juge classique », *Rer jurispr sum*, nov. 2002, n° spécial, *Le juge et l'économie*, p. 17 et suiv., p. 22.

qui fournit ce bien ou ce service est directement intéressé à l'utilisation qui en sera faite par celui qui le reçoit, car sa rémunération est fonction de celle-ci<sup>69</sup>. Dans tous ces cas, le respect par un contractant de l'intérêt de l'autre n'est pas dicté par une vague fraternité ou une solidarité évanescence mais par le constat très réel qu'il est « le moyen (pour celui-ci) d'obtenir la satisfaction de son intérêt propre (...) ». C'est donc pas l'altruisme qui pousse à sacrifier au mieux les intérêts de l'autre partie, mais son egoïsme bien compris (...) Plus l'intérêt de l'autre, dans son propre intérêt »<sup>70</sup>.

16. On le voit, le fameux principe d'union pourrait trouver ici un champ d'expérimentation réaliste. Mais curieusement, les chefs de file du solidarisme se sont soigneusement gardés de toute entreprise en ce sens. À l'approfondissement et à la diversification des figures contractuelles, ils préfèrent un discours globalisant et indifférencié à coanodoration morale pour les uns, politico-sociale pour les autres. Aussi bien, si l'existence d'une réalité contractuelle spécifique est parfois présente, c'est toujours à travers une terminologie singulièrement fluctuante. C'est ainsi que M. Christophe Jamain évoque, tout à tour, dans son article fondateur « le contrat (qui) doit s'extérioriser sur une certaine durée »<sup>71</sup>, puis dans son article aux Mélanges Ghestin « les formes contractuelles variées : sous-traitance, contrats d'affiliation communale ou d'intégration agricole, réseaux de concessionnaires, de franchises ou d'agents commerciaux, (qui) sont hybrides en ce sens qu'elles sont censées maintenir l'indépendance des agents propres au marché tout en instituant un ordre privé spécifique de l'entreprise »<sup>72</sup>, avant de se demander dans le même article si le solidarisme ne serait pas « l'expression d'un droit des contrats des classes moyennes »<sup>73</sup>, pour revenir au « contrat relationnel » et au « contrat de longue durée » dans son étude sur la crise du contrat<sup>74</sup>, puis aux « contrats hybrides » dans son article franco québécois<sup>75</sup>. Quant à M. Denis Mazeaud, tout au plus découverte-t-il au détour d'une note ou d'un article que « l'exigence de civisme » en laquelle se résume selon lui le solidarisme contractuel « a, essentiellement, vocatio 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 »<sup>76</sup>. On est bien loin de Saleilles identifiant la figure du contrat d'adhésion<sup>77</sup>.

*Pas d'autrui simple ;  
c'est donc propre à quel  
pouvoir à Autrui faire l'  
autre.*

*Cd : pas  
vraie cohérence  
des ch.*

Une telle attitude s'explique, au demeurant, forcément, par les présupposés idéologiques sur lesquels repose le solidarisme contractuel. S'agissant du solidarisme dans sa version morale, de telles distictions entre contrat-échange, contrat d'intérêt commun, contrat relationnel, contrat-alliance ou encore contrat-organisation sont totalement inutiles puisque la conduite attendue de l'individu est liée non à la structure des engagements contractuels mais à la vision d'un homme idéalisé invité à pratiquer le « civisme contractuel »<sup>78</sup>. Quant au solidarisme social, son message se veut avant tout politique, en sorte qu'il délaissé la « dogmatique juridique »<sup>79</sup> et « les oripeaux d'une prépondérante science »<sup>80</sup>. D'où un discours dont les brillantes sinuosités ne parviennent pas à masquer les insuffisances techniques. Si utiles soient-ils pour la promotion d'une doctrine, les débats de politique juridique ne peuvent totalement suppléer l'absence d'analyse juridique approfondie de la réalité positive<sup>81</sup>. En définitive, ni la fraternelle au fil de la solidarité, telles que les ont comprises les chefs de file du solidarisme, ne fournitressent une vision solitaire du contrat. Or, en l'absence de celle-ci, il est difficile d'aborner une méthode et des instruments permettant de répondre de manière pertinente aux problèmes de notre époque.

## B – Les moyens

17. Après avoir examiné les instruments dont les solidaristes recommandent l'emploi, on les appréciera en situation.

### 1) Les instruments

18. À défaut de prendre appui sur un même fondement, les auteurs solidaristes communient, toutes tendances confondues, dans une même cxé-  
78. Aussi bien, est-il extrêmement instructif de relire le tableau que Henri Capitant brosse de la démarche de René Demogue. On le croirait, en effet, écrit pour décrire celle du chef de file du solidarisme dans sa version morale : « ...la théorie intéresse moins notre auteur que les faits, nous le savons. C'est la jurisprudence qui l'attire avant tout, et il nous présente une étude détaillée des décisions qu'elle rendues (...). Mais de cette œuvre, il se contente de nous exposer les résultats, il ne juge pas utile de les systématiser, si bien qu'il paraît avoir lu et médité tout ce chapitre « nourri de faits, nous ne sommes pas fixés sur ce qu'en la cause ; elle nous apparaît comme une manièt foyante, maladroite, à laquelle les tribunaux font appel quand ils jugent que l'utilité sociale appelle l'annulation du contrat. Cette conclusion flottante, indéfinita, ne satisfais pas notre esprit juridique. Le rôle du juge n'est pas remis, nous le savons encore, quand il a proposé, l'apprécier, émané les résultats de la jurisprudence des tribunaux » (H. Capitant cité par C. Jamain, art. préc., *Mélanges P. Tricot*, p. 132).

79. Ph. Jataz et C. Jamain, *La doctrine*, 2004, p. 153.  
80. C. Jamain, « De noguer et son temps, réflexions introducives sur son nihilisme juridique », *Revue interdisciplinaire d'études nordiques*, 2006, p. 5-15, sp. p. 19.  
81. Rappr. C. Jamain, « La doctrine : explication de texte », *Mélanges P. Jataz*, 2006, p. 225 et s., sp. p. 233, qui considère cette analyse comme inutile, car elle est le produit de la doctrine telle qu'elle l'est constituée au début du XX<sup>e</sup> siècle.

69. F. Terre, Ph. Simard et Y. Lequette, *Droit social, la obligacion*, 9<sup>e</sup> éd., 2005, n° 78, p. 93.

70. M. Mugnot, art. préc., *RRJ* 2004, n° 39 et 40, p. 2177.

71. C. Jamain, art. préc., *Droit et patrimoine* 1998, p. 57, 1<sup>re</sup> col., lequel venait, selon lui, le seul que Demogue aurait entendu viser dans sa fameuse formule (art. préc., *La naturelle cause du contrat*, p. 12).

72. C. Jamain, art. préc., *Mélanges P. Jataz*, p. 458.

73. C. Jamain, art. préc., *Mélanges P. Jataz*, p. 472.

74. C. Jamain, art. préc., *La notion d'ordre du travail*, p. 19 et 26.

75. C. Jamain, art. préc., *Droit et patrimoine* 1998, p. 20.

76. D. Mazeaud, obs. sous Com. 15 juau. 2002, D. 2002, p. 2841 ; voir aussi art. préc., *Le solidarisme contractuel*, p. 59.

77. R. Saleilles, *De la décleration de volonté*, 1901, n° 891, p. 229.

cration, celle qu'ils vouent à la théorie de l'autonomie de la volonté. Dénonçant le « mythe » que consisterait celle-ci, ils interpellent les « juristes libéraux » dans les termes suivants : « Continuez-vous à soutenir que chaque individu que vous refusez d'incarner est le meilleur défenseur de ses propres intérêts autrement qu'à titre de postulat métaphysique ? »<sup>82</sup>

À une telle question, il est évidemment difficile de répondre dès lors que les termes en sont biaisis jusqu'à la caricature. Personne ne soutient plus, en effet, que le contrat serait une rencontre d'individus égaux et désinarmés, laquelle conduirait nécessairement à l'équilibre. Comme le rappelle fort justement M. Remy Libhaber, « nous sommes affranchis de cette (...) naïveté, les parties ne sont pas si unies sur le même plan, et les déséquilibres de puissance doivent être corrigés ». Cet affranchissement est, au demeurant, déjà suffisamment ancien pour que plusieurs voies aient été successivement explorées, afin de procéder à cette correction, y compris par les juristes libéraux. Nombre de « bœufs », se sont, en effet, tendus dans l'entre-deux-guerres aux arguments des « bigots » qui considèrent que la réponse à ces difficultés doit être recherchée dans une politique d'inspiration dirigiste qui conduit à réglementer impérativement le contenu du contrat, du moins lorsqu'il existe une situation structurelle d'inégalité entre les parties. C'est ainsi, comme le relève lui-même M. Christophe Jamin, que Henri Capitant « bien qu'il [fût] un ardent défenseur de l'autonomie de la volonté, (...) ne contestait pas l'intervention du législateur à propos des contrats d'adhésion que sont le contrat de travail ou le contrat d'assurances, (tout en estimant) que "le point de vue individualiste est nécessairement dominant" » signifiant des autres contrats usuels, parce que chacune des parties tente d'y faire triompher son intérêt personnel ». Mais, aujourd'hui, les juristes libéraux cherchent de préférence la réponse à ces difficultés dans une voie souvent qualifiée de néo-libérale, en ce qu'elle s'attache à promouvoir la restauration des conditions d'un débat équilibré entre les parties, afin de permettre à l'accord des volontés de recouvrir toutes ses vertus, en établissant entre le plus faible un consentement libre et éclairé. À sa manière, malheureusement maladroite, le droit de la consommation s'y emploie dans les rapports entre professionnels et consommateurs : en posant que le professionnel a toujours la position juridique de polliciter alors même qu'il aurait été sollicité par son

<sup>82</sup> C. Jamin, *etc. préc.* *Mélanges J. Gobat*, p. 458 ; *repr. etc. préc.*, 9<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, p. 22.

<sup>83</sup> R. Libhaber, « Réflexions sur les effets du contexte », *Mélanges J.-L. Auber*, 2005, p. 211 et s., pp. 215.

<sup>84</sup> Ensuite, rappelons-le, que les solidaristes appliquent aux juristes de sensibilité libérale (voir *infra* n° 3).

<sup>85</sup> Esquisse, rappelons-le, que les solidaristes appliquent aux juristes de sensibilité sociale (voir *infra* n° 3).

<sup>86</sup> C. Jamin, *etc. préc.* *Mélanges J. Gobat*, p. 449, renvoyant à H. Capitant, « Le caractère social du projet franco-italien de code international des obligations et des contrats », *Rai et Irg et Irc*, 1931, p. 71-74. Voir aussi, *etc. préc.* *Mélanges F. Tard*, p. 137.

cocontractant, en indiquant quels sont les renseignements qui doivent être obligatoirement fournis dans cette offre, en accordant au consommateur, selon les cas, un délai de réflexion ou un droit de repenser qui lui donne non seulement le temps de la réflexion, mais encore les moyens de choisir entre plusieurs offres s'il a pris soin de faire jouer la concurrence, le législateur tente de renforcer au moins partiellement avec les postulats de la théorie de l'autonomie de la volonté. Et la jurisprudence lui emboîte le pas, en dévouant l'existence d'une obligation précontractuelle de renseignements en cas de déséquilibre de compétence et d'information entre les parties. Celles, le principe demeure que chaque personne doit se renseigner et veiller à la défense de ses propres intérêts. Mais lorsque l'une des parties connaît un fait dont l'importance est déterminante pour la conclusion du contrat et que l'autre est dans l'impossibilité de se le procurer elle-même, elle doit le communiquer à son partenaire. Ce n'est pas alors au nom de la fraternité ou de la solidarité que le droit impose une telle obligation à l'une des parties, mais parce qu'il considère que des individus, même en situation d'inégalité, sont aptes à défendre leurs intérêts, si on leur donne les moyens de s'informer et de réfléchir ». <sup>87</sup>

J'udi - Pr  
antenn du juge  
Le vs l'idée

<sup>87</sup> Pour les solidaristes, la réponse au déficit de justice matérielle doit être « honnête », non dans un renforcement du cadre contrignant ni dans la restauration des conditions d'un débat équilibré, mais dans une intervention accrue du juge, tel que devrait à cet effet user du pouvoir levier offert par l'effacement d'un contrat existant en vertu de l'article 111 du *Parcours Laodice* ou pour résumer leur pensée par l'aphorisme suivant : « Entre le fœtus et le fâché, c'est la liberté qui asservit, le juge (et non plus la loi) qui affranchit ».   
19. En posant une telle directive, les solidaristes vont à l'encontre de l'idée qu'on se fait, traditionnellement en droit français, de la relation que doivent entretenir le juge et le contrat. On considère, en effet, habituellement que, même si le consentement des parties ne crée pas à lui seul tout l'univers des obligations qui naissent du contrat car celles-ci s'intègrent dans un ordre juridique qui le transcende, le contrat est d'abord l'œuvre privée des parties et que l'intervention du juge doit, de ce fait, demeurer limitée. Aussi bien consigne-t-on traditionnellement que le juge « ne peut s'immiscer dans les relations contractuelles pour les conformer à ses propres conceptions de l'équité et de la justice économique »<sup>88</sup>. Tout au plus peut-il, dès lors que le contrat est valablement formé, l'interpréter, sanctionner celle des parties qui fait preuve de mauvaise foi dans l'exécution du contrat ou qui refuse de coopérer à sa bonne fin, dénoncer le lien contractuel lorsqu'une des parties le lui demande parce que l'autre se déboule à ses obligations. Si le concours artificiel (voir *infra* n° 3).

<sup>88</sup> R. Saurat, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *La solidarisation contractuelle*, p. 43 et s., pp. 48 : « Si l'on solidarise, c'est un solidarisme consistant seulement à fournir les moyens de défendre des intérêts égaux ».

du juge peut être bénéfique à la vie contractuelle, c'est à une double condition : son rôle doit rester, autant que possible, d'appoint ; il doit être équipé d'une solide boussole.

#### 20. Pourquoi une telle attitude ?

Sans doute, d'abord, parce qu'on considère intuitivement que le contrat appartient plus au monde du juridique qu'au monde du judiciaire. C'est là, au demeurant, une dimension du problème dont les auteurs solidaristes, toutes tendances confondues, ne paraissent pas avoir la moindre perception. Pourtant, comme le soulignait Henri Bauffol, « la vie juridique existe en dehors de la vie judiciaire »<sup>91</sup>. Et s'il est des mariages, tel le divorce, qui revêtent nécessairement un caractère judiciaire, il en est d'autres dans lesquelles le juge n'a vocation à intervenir qu'exceptionnellement, à la marge. Ainsi en var-t-il, par exemple des régimes matrimoniaux ou des successions, dans lesquels le notaire joue le rôle premier et dont les règles reçoivent le plus souvent application, sans qu'un juge ait à y passer. Or les contrats paraissent avoir naturellement vocation à relever de ce second groupe. Au moyen de l'article 1134 du Code civil, le législateur confère, aux particuliers et non au juge, le pouvoir d'édicter, par leur accord, des lois qui leur sont propres afin de régler leurs intérêts économiques. Il n'est, au reste, nul besoin d'être juriste pour percevoir que le contrat ainsi entendu constitue l'un des rouages essentiels de la vie en société. Sauf à pratiquer l'autorité, la vie des individus est tissée de contrats.

Instrument irremplaçable en ce qu'il permet de répondre à la multiplicité des besoins et s'adapte à l'infinité diversité des situations, le contrat ne remplit son office qu'à la double condition d'obéir à un principe de liberté<sup>92</sup> et de pouvoir rabler sur le respect de la parole donnée. Ce n'est qu'ainsi que peut être atteinte une véritable « prévisibilité dans l'action »<sup>93</sup>. Comme le soulignait René Demogue, à propos précisément de la force obligatoire du contrat, « il faut tenir compte ici du grand besoin de la vie sociale : la sécurité. Etant donné ce grand phénomène de l'interdépendance des individus, chacun ayant besoin du travail, des produits des autres, et de plus étant obligé de conformer sa conduite sur ce qu'il croit que sera celle des autres, celle-ci une fois déterminée ne doit pas être arbitrairement modifiée »<sup>94</sup>. Or la possibilité très largement ouverte au juge de s'immiscer dans les relations contractuelles pour les conformer à sa conception de la justice et de l'utilité risque de se révéler « paralysante par son poids et sa difficulté », et par

89. H. Bauffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international puvé », Recueil des Cours de La Haye, t. 139 (1973-II), p. 96 et s.

90. Aussi s'écoulant qu'il puisse apparaître intellectuellement voir A. Merleot, *Etude sur la nature juridique du contrat levarage en droit socialiste*, thèse Strasbourg, 1916), le système du plan a sucombé sous le poids de son excessive rigueur.

91. H. Bauffol, *Problème de base du philologique du droit*, p. 412 et 413.

92. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, *Savoirs des obligants*, t. I, 1921, n° 15, p. 32.

là-même indirectement de « discréder par ses résultats » le service public de la justice<sup>95</sup>.

21. Aussi bien, derrière ce débat sur la place du juge en matière contractuelle, s'en fait jour un autre, sans doute le plus important, qui traîne au rôle qu'il convient de reconnaître aux individus eux-mêmes en ce domaine. Comme le soulignait Henri Bauffol, l'approche traditionnelle privilégie l'idée qu' « il appartient à chacun de veiller à ses propres intérêts ». Dans cette conception, il est considéré comme « salutaire d'inciter un chacun à la vigilance dans les contrats qu'il accepte (...) ». Le droit n'est pas fait pour renouveler à la légereté ou à l'insouciance. Par où s'exprime une notion en quelque sorte « dynamique de la justice » : celle-ci ne consiste pas simplement, au trade dit communautif, à garantir chacun dans ce qu'il possède ; cet aspect stricte et conservateur enveloppe un autre caractère : il s'agit d'insister le sujet à l'action en lui garantissant son fruit et en lui imposant les responsabilités qui en découlent ; ce développement des virtus du sujet ne peut être considéré que comme son bien – et supérieur à ses possessions car il s'agit cette fois de son être et non plus de son avoir<sup>96</sup>. Encore faut-il que l'incitation n'exclue pas les possibilités de l'intérêt. La liberté du salarié dans la conclusion du contrat de travail a trop souvent été un leurre<sup>97</sup>. D'où, on l'a vu, la réglementation impérative de certains contrats qui mettent aux prises des individus en situation structurale d'inégalité. D'où également la mise en place de procédures contractuelles qui, en cas d'inégalité des compétences, favorisent une rencontre équilibrée des consentements. Mais une fois le contrat conclu dans le respect des règles protectrices de la partie faible, sa force obligatoire doit être assurée au même titre que celle de toute autre convention<sup>98</sup>. Aussi bien si « la protection du faible est (...) une des missions du droit, (...) un programme général et exclusif de protection conduit au repliement des uns sur eux-mêmes et aux abus des forts arguant de leur liberté à sauvegarder. Il faut tout au contraire inciter à l'effort des indifférents et même les faibles »<sup>99</sup>. En d'autres termes, « le droit doit aussi susciter l'effort

93. H. Bauffol, *Problème de base du philologique du droit*, p. 412 ; rapp. D. Cohen, « La bonne loi : élégance et renaisance », in 1804-2014, *Le Code civil, un petit prétexte, un avenir*, p. 517 et s. sp. p. 535 ; « Ainsi, la pensée solidariste risquait (...) de conduire, après l'interventionnisme étatique du libéralisme (...), à une omnipotence du juge, et à son omnipotence dans le domaine contractuel avec de nombreux corollaires néfastes : une causalité complexe et difficile à constater pour les opérateurs économiques, une difficile prévisibilité des solutions alors que le contrat est un instrument de prévision, un risque évident d'une multiplication des litiges, rendant ainsi le spectre d'une société contestueuse. Si l'ajoute une absence de compétence technique, de connaissances, et à l'expérience du terrain, des marchés, des produits pour le juge chargé de décider de cet équilibre contractuel (...). »

94. Comp. Ph. Malaurie, L. Ayraud et Ph. Staffel-Münch, *Le obligato, Le obligato, n° 731*, p. 349.

95. H. Bauffol, *Problème de base du philologique du droit*, p. 412 et 413.

96. Th. Piazzone, *La sécurité juridique, thèse Paris II, 2006*, p. 759, n° 285.

97. H. Bauffol, *Problème de base du philologique du droit*, p. 456 et 457. Rapp. P. Rouquier, *Théorie générale du droit*, p. 198, note 2.

humain »<sup>99</sup>. C'est dire que la vision traditionnelle du contrat repose fondamentalement sur l'idée que la liberté ne saurait aller sans la responsabilité. Parce qu'elles contractent librement et qu'on leur a donné les moyens de défendre leurs intérêts, les parties doivent assumer les risques de leur contrat. Or le moins qu'on puisse dire est que le solidarisme contractuel s'inscrit très exactement aux antipodes d'un tel programme. Pourquoi s'astreindre à s'informer, à réfléchir, à anticiper puisque le juge est là, en tant que « bonne à tout faire », pour repérer les omissions, les négligences et qu'il sait mieux que les parties elles-mêmes ce qui est bon pour elles ?

En outre, le passage de la règle juridique impersonnelle, abstraite et hypothétique à la décision judiciaire, caustique, contingente et concrète que présupposent le solidarisme contractuel et sa préférence pour le juge ne peut qu'enrainer « un manque de prévisibilité des solutions » et par là-même une réelle insécurité juridique<sup>100</sup>. Celles, on objectera que l'intervention active du juge ne saurait avoir de telles conséquences. Comme l'écrivit M. Jean-Pascal Chazel « personne, sauf aveugle, ne plaide en faveur du chaos contractuel ou de l'abstention du juge »<sup>101</sup>. Aussi bien est-ce un des nombreux favoris de la littérature solidariste que de voir dans la modération passée du juge en matière contractuelle le gage de sa modération future<sup>102</sup>. Mais précisément, comme on l'a justement noté, n'y a-t-il pas quelque paradoxe à soutenir que le solidarisme contractuel pour lequel on plaide n'est pas dangereux pour la sécurité juridique (...) Pour cette raison que le juge n'en applique que très partiellement les solutions<sup>103</sup> ? Peut-on, comme le souligne le même auteur, dénoncer inlassablement la timidité du juge et tirer dans le même temps argument de cette timidité pour soutenir que son intervention ne saurait être source d'insécurité juridique ? Et ceci d'autant plus que cette modération procède de l'existence d'une solide boussole dont les solidaristes réfusent l'usage.

22. Traditionnellement, qu'il s'agisse d'interpréter le contrat ou de sanctifier son inexécution, « le juge reste le plus souvent fidèle à l'accord des parties et à son contenu tel qu'elles l'ont arrêté ». Il a « spontanément saisi

98. Th. Pizzon, thèse préc., p. 233, n° 101. On aura profit à relire ici la fable de La Fontaine, « Le charpentier embourré ».
99. Rappel D. Cohen, att. préc., 1804-2004 *Le Code civil, un pacte, un patin, un plaisir*, p. 336. « En effet, le solidarisme ne risque-t-il pas de conduire au développement d'une société encourageant non les initiatives individuelles, la responsabilisation des acteurs économiques et l'esprit d'entreprise, mais plutôt une mentalité d'assister, avec le juge, érigé en symbole de l'état-providence (...) dans le rôle d'une sorte de sauveur universel ». 100. D. Cohen, att. préc., 1804-2004, *Le Code civil, un plaisir, un plaisir, un plaisir*, p. 336. J.-P. Chazel, « La nouvelle crise du contrat, est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, p. 99 et 1<sup>er</sup>, p. 121.
102. Voir notamment, D. Macaudet, « Le juge et le contrat », *Mélanges J.-L. Asser*, 2003, p. 239 et 1<sup>er</sup>, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, ne risquent-ils pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, p. 135 et 1<sup>er</sup>, p. 130.
103. Th. Pizzon, thèse préc., p. 408, n° 151.

que le plus juste était de tester dans le giron de la volonté des contractants

(...) Déattachés des spéculations doctrinales les juges ont expérimenté par eux-mêmes que la justice des contractants était peut-être encore, en général, la plus juste »<sup>104</sup>. Or, de cela il ne saurait être question pour les solidaristes. Comme le souligne M. Philippe Jestaz, dans le rapport de synthèse qui clôture la célébration solidariste consacrée à « la nouvelle crise du contrat », au-delà des divergences de détail qui différencient les solidaristes, ce qui les rassemble, c'est la conviction que « la conception commutative du contrat devrait gagner du terrain sur la conception volontariste ». La conception individualiste et libérale n'est pour eux qu'un « accident » de l'histoire. Bien loin de constituer « une indiscutable réalité et un nouveau intangible », l'accord des volontés n'est que le « double délicat qui accorde le mécanisme du contrat »<sup>105</sup>. Certains jeunes séfères vont, au demeurant, encore plus loin. C'est ainsi qu'on peut lire, sous la plume de Mme Laurence Fin-Langer, ce propos quelque peu abrupt : « exiger un accord des parties sur les éléments essentiels constitue un facteur d'incohérence pour le droit des contrats »<sup>106</sup>. Aussi bien la référence à la bonne foi change-t-elle de sens. Alors qu'il s'agissait traditionnellement de bannir son contraire la mauvaise foi, en sanctionnant le contractant qui viole ses engagements ainsi que celui qui fait naître chez son partenaire une attente dont il sait qu'elle ne trouvera pas de réponse, certains auteurs solidaristes en appellent à une application sélective du principe d'exécution de bonne foi, le dévoilant de loyauté de la partie faible devant être circonscrit le plus possible afin de limiter son astuciosité<sup>107</sup>, pour finalement découvrir dans celle-ci le moyen pour le juge d'imposer sa propre vision de l'équilibre et de l'utilité du contrat, indépendamment de ce qu'ont voulu les parties<sup>108</sup>.

23. Répugnant à ces conséquences extrêmes, des auteurs pourtant appelés à la rescoussse par la doctrine solidariste<sup>109</sup> n'hésitent pas à prendre leurs distances avec ses présupposés. C'est ainsi que dans l'avant-propos qu'il a rédigé pour *la nouvelle crise du contrat*, M. Jacques Ghéton s'élève vigoureusement contre les conceptions développées par M. Philippe Jestaz et procède à une longue mise au point. Rappelant que le contrat ne saurait se séparer à la considération du juste et que s'y exprime aussi celle de l'utilité et de « la valeur morale du respect de la parole donnée », il écrit : « ces prémisses m'obligent à contester le rejet par Philippe Jestaz de l'accord des volontés, qui ne saurait

104. Th. Genicot, *La résolution pour inexécution*, thèse Paris II, 2006, p. 412, n° 322.
105. Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse, Que contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat*, p. 266, 258 et 259.
106. L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, thèse Orléans, dd. 2002, n° 682, p. 487.
107. C. Jamm, att. préc., *La nouvelle crise du contrat*, p. 23 et 24, note 63.
108. Sur cette question, voir D. Cohen, att. préc., 1804-2004 *Le Code civil, un plaisir, un plaisir, un plaisir*, p. 517 et 1<sup>er</sup>.
109. C'est ainsi que Ph. Jestaz fait référence à « Jacques Ghéton et sa paromie de boy-scouts », Rapport de synthèse, *La nouvelle crise du contrat*, p. 241.

pas "une indiscutable réalité et un noyau intangible". Sans perdre de vue l'importance de l'échange économique dans la théorie générale du contrat, il ne faut pas cependant négliger son mode de formation particulier : *l'accord des volontés*. Il faut, en réalité, faire la synthèse de la conception proprement juridique qui fait de l'accord des volontés, l'élément subjectif essentiel du contrat, et de la conception, à la fois éthique et économique, déduite de notre tradition grecque-latin et judéo-chrétienne, qui fait de l'utile les finalités objectives du contrat. La création de règles juridiques par un accord de volontés apparaît comme le trait commun de tous les contrats, dont elle constitue aussi le critère spécifique, et cela même en l'absence de toute négociation. Le contrat, être volontaire et exercice d'une liberté, est en même temps une aliénation volontaire de liberté. L'*acte de volonté* ne se borne pas à ce rôle de critère. Il est en outre l'*élément subjectif essentiel du contrat, sans lequel il ne pourrait même pas exister et qui lui donne sa fonction primordiale dans les relations sociales*. Les volontés sont le "moteur", l'élément subjectif dynamique sans lequel le contrat ne peut naître. *Par acte volonté, l'homme entre dans personnes, ayant des intérêts propres.* C'est, en effet, l'utilité particulière du contrat pour chacune des parties qui les détermine à s'engager »<sup>110</sup>. On ne saurait être plus clair. Aussi bien, comme on va le voir, les juges ne prafisent pas près à abandonner la boussole que constitue la volonté des parties, pour se mouvoir au sein du monde contractuel.

## 2) La pratique

24. Un article de Mélanges n'apparaissant pas comme le lieu idéal pour dresser un état détaillé des succès ou des échecs du solidarisme contractuel dans la jurisprudence française, on se contentera ici de faire référence aux inventaires qui ont déjà été établis dans le passé, d'autant que pour l'essentiel leur conclusion concorde, qu'ils émanent de membres de l'école solidariste ou de personnes qui lui sont restées attachées. Tous constatent, en effet, en substance, que le solidarisme contractuel fait davantage recette en doctrine qu'en jurisprudence »<sup>111</sup>. C'est ainsi que M. l'avocat-général Jean Cedras clôture l'étude défaillée qu'il consacre à « la réception du solidarisme contractuel par la Cour de cassation », dans le Rapport de la Cour de cassation 2003, par la notation suivante : « le bilan du solidarisme est maigre, spécialement au stade de l'exécution du contrat et de sa rupture (...) Il paraît donc que la Cour de cassation n'a pas pris le « grand soin » espéré par les uns, redouté par les autres, de l'article 1134 alinéa 3 du Code

civil »<sup>112</sup>. Même remarque sous la plume de M. Laurent Leveneur, qui considère que le solidarisme contractuel se résume « à quelques arrêts peu explicites et sur tout très sollicités »<sup>113</sup>. Les auteurs favorables au solidarisme contractuel en conviennent d'ailleurs eux-mêmes. C'est ainsi que M. Christophe Jamin, étudiant la posture pratique du solidarisme contractuel<sup>114</sup>, ne dément nullement « l'indigence relative du résultat » et préfère insister sur la vacuité de la démarche comparée consistant à énumérer les articles pour ou contre cette doctrine<sup>115</sup>, car elle serait l'expression d'un certain « narcissisme doctrinal »<sup>116</sup>. Quant à M. Denis Mireaud, qualifié une quête inlassablement reprisée, il doit constater que, pour l'essentiel, la Cour de cassation « ne succombe (...) pas aux charmes du solidarisme contractuel »<sup>117</sup>. Et ceci d'autant plus que des solutions parfois présentées par cet auteur comme relevant du solidarisme contractuel n'ont que fort peu à voir avec celui-ci. C'est ainsi qu'on ne peut manquer d'être étonné, lorsque les solidaristes annexent à leur doctrine la jurisprudence interdisant qu'un contractant puisse réclamer l'application de clauses clandestines, illisibles ou intellégibles, au nom d'un principe de transparence du contrat, lui-même imposé par la loyauté contractuelle. L'autonomie de la volonté la plus désincarnée ne conduiraitelle pas au même résultat ? À oublier que le contrat repose sur... un accord de volonté, on s'expose à des détours singuliers et des propos désespérants. Et lorsque M. Denis Mireaud défile dans certaines décisions, la ministérité du solidarisme contractuel, il y a tort à parler que celle-ci s'expliquent en réalité par le fait qu'elles sont intervenues à l'époque des contrats qui entièrement une patiente étudie avec le contrat-organisation. Or, comme le souligne M. Paul Didier, le « rôle du juge y devient plus complexe »<sup>119</sup>.

<sup>112</sup> J. Cedras, « Liberté égale à tout contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de cassation 2003*, p. 215 et s., sp. p. 233 ; rapp. Flour, Aubert et Savary, op. cit. n° 119/1, p. 83 : « Il n'est pas sûr du tout que le droit contemporain des contrats porte la trace du solidarisme contractuel ».

<sup>113</sup> L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, p. 184, n° 15 ; voir aussi D. Cohen, arr. péc., 1804-2004, *Le Code civil, un passe, un présent, un avenir*, p. 193.

<sup>114</sup> C. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel . brefe réplique », in *Le solidarisme contractuel*, p. 168.

<sup>115</sup> T. Piazzon, thèse péc., p. 408.

<sup>116</sup> C. Jamin, arr. péc., *Le solidarisme contractuel*, p. 66. Pour une confirmation éclatante, voir Com. 10 juillet 2007, *JCP 2007 II-10154*, note D. Hourtin.

<sup>117</sup> D. Mireaud, arr. péc., *Le solidarisme contractuel*, 2003, p. 64 et s.

<sup>118</sup> Voir par exemple, décisions citées, in « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *Le solidarisme contractuel*, 2003, p. 64 et s.

<sup>119</sup> Paul Didier, « Brefs notes sur le contrat organisation », *Mélanges F. Trini*, 1999, p. 639 ; rapp. M. Granier, arr. péc., *Rec. Jurisp. Crim. nov. 2002*, p. 22 : « On s'est beaucoup disputé dans les Guerres juridiques sur l'art du Grand Meaulnes (Com. 27 juil 1996, RTD crim. 1997, 114) sans vouloir remarquer que la Cour de cassation avait

25. On le voit, le bilan quantitatif est globalement décavant pour le solidarisme contractuel. Mais on voudrait ici prolonger la réflexion en envisageant, non sans une part d'arbitraire, deux questions : tout d'abord, celle de la révision judiciaire pour imprévision en ce qui elle pose en termes particulièrement clairs le problème de l'intervention du juge dans le contentieux qui a conduit les tenants du solidarisme à en faire l'une de leurs revendications emblématiques<sup>120</sup>, ensuite celle plus modeste soulevée par un arrêt récent rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation<sup>121</sup> et vivement critiquée par la doctrine solidariste en ce qu'il ne reconnaîtrait pas à la bonne foi la place qui devrait lui revenir. Alors que la première permet de définir au principe même de l'intervention du juge, la seconde illustre les difficultés concrètes à définir les modalités de cette intervention.

26. Avec une belle consistance, la doctrine solidariste dénonce inlassablement le scandale que constituerait la persistance, cent trente ans après son prononcé, de la jurisprudence du *Canal de Craponne*<sup>122</sup>, excellente illustration d'un droit français des contrats séculier et veillu par rapport à ses homologues étrangers, lesquels admettent la révision judiciaire pour imprévision. Il ne saurait être question de repandre ici les termes de la controverse dans son entier, tant elle est éculée. On voudrait simplement rappeler une remarque qui émaillait l'enseignement de Henri Bauffoil : lorsque la Cour de cassation persiste dans une jurisprudence, malgré les critiques convergentes de la doctrine, c'est sans doute qu'elle a des raisons pour cela. Aussi, ajoutait-il, éminent juriste, les auteurs seraient mieux inspirés de rechercher ces raisons et de les discuter plutôt que de ressasser indéfiniment le même discours critique<sup>123</sup>. Or, s'il est une situation qui répond à cette hypothèse, c'est bien celle du refus de la révision judiciaire pour imprévision. Recherchons donc les

reconnu pour la première fois un devoir de loyauté du diligéant à l'égard de ses associés<sup>124</sup>.

120. C'est ainsi que M. Christophe Janin en a fait le cœur de son article fondateur : « Révision et insécurité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Ordre permanent*, mars 1998, n° 58, p. 46 et ss., et que M. Denis Mazzaud y revient souvent et notamment dans l'une de ses dernières études (« La révision du contrat », *La Presse affaire*, 30 juin 2003, p. 4 et ss.).
121. Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>re</sup> sept. 2003, D. 2006, p. 761, note D. Mazzaud, *Contract, com., contract*, 2006, n° 1, note L. Laverrière, *La Presse affaire*, 1<sup>re</sup> déc. 2005, p. 16 note S. Menet-Batut.
122. Civ. 3 mars 1976, D. 1876, 1-193, note Grébaut, *Le grand arrêt de la jurisprudence civile* p. 27, note P. Tettet et Y. Lequette, 1<sup>re</sup> éd., 2000, t. 2, n° 163.
123. Sur les rapports de Henri Bauffoil avec la jurisprudence, voir Y. Lequette, « L'influence de l'œuvre de Henri Bauffoil sur la jurisprudence française », *Travaux sur le DIP*, 1991-1993, p. 32 et ss., sp. p. 34. Une bonne illustration de la nécessité de ce type de comportement lui paraissait donnée par la question du renvoi. Pendant plus de quarante ans, une doctrine unanime était critiquée l'acte *Ferry* (Civ. 24 juil. 1878, *Grand arrêt DIP*, n° 7) et la décision qui l'avait suivie. Et il avait fallu attendre le fameux article de Paul Lachaux-Pigeonnet, « Observations sur la question du renvoi » (*Clauses 1924-1977*) pour qu'un autre chercheur, à découvrir les « considérations pratiques immédiatement suscitées par la jurisprudence ».

raisons qui sont de nature à expliquer la position de la Cour de cassation. La plus évidente, à notre sens, est probablement que le maniement de la jurisprudence du *Canal de Craponne* ne cause en pratique aucun trouble. Aux auteurs qui ne cessent de répéter que la consécration de la révision judiciaire pour imprévision par certains ordres juridiques étrangers n'a pas provoqué, au sein de ceux-ci, la vague de désordre annoncée<sup>125</sup>, les magistrats peuvent aisément répondre en ce qui concerne l'ordre juridique français : son absence, non plus La raison en est simple : personne n'ignore aujourd'hui en France qu'il revient aux contractants eux-mêmes de parer aux conséquences désastreuses de l'instabilité économique ou monétaire au moyen de clauses conventionnelles d'adaptation. En ne cesser de déformer le caractère intangible du contrat, les solidaristes se trompent de cible. La vraie question est, en effet, non de savoir si le contrat est intangible mais si sa révision doit être l'œuvre du juge ou celle des parties, selon des modalités préétablies. En se prononçant pour une révision judiciaire, les solidaristes considèrent que les contractants sont incapables d'autoprotection<sup>126</sup>. En refusant la révision judiciaire pour imprévision, les hauts magistrats considèrent, au contraire, les contractants comme des individus libres et responsables, capables de prévoyance. L'absence de révision judiciaire pour imprévision leur apparaît 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. Ils sont ainsi pleinement en phase avec une réalité contractuelle qui relève par essence plus du juridique que du judiciaire<sup>127</sup>. Alors que les règles supplémentaires sont en général conçues pour incarnar les valeurs idéales de l'ordre juridique qui les édicte, on est ici en présence d'une règle supplétive d'une nature particulière, qui est utilisée par l'ordre juridique comme un instrument destiné à inciter les intéressés à agir et à prendre en mains leurs affaires. Elle remplir alors, comme on l'a suggéré lors de la soutenance de la

124. Voir en premier lieu, en ce sens R. David, « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges Jaffré*, 1974, p. 211; D. Talon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements et récents du droit comparé », *Mélanges Sozaz*, 1997, p. 403 et ss., sp. p. 406 ; voir en dernier lieu, D. Mazzaud, *arr. préf.*, *Mélanges P. Jauré*, 2006, p. 395-396.

125. Voir D. Bauffoil, *arr. préf.*, *Mélanges P. Jauré*, 2006, p. 396 : « C'est surtoumer la rationalité des contractants que de différer sous la forme d'une pétition de principe, qu'ils soient capables, au jour de la conclusion de leur contrat, d'anticiper et d'apprécier les évolutions futures de l'environnement de leur relation » (c'est nous qui soulignons).  
126. Rappe B. Fournarie-Cosson, « Le changement des circonstances », *RDC* 2004, p. 84.  
127. D'après le commentaire des Principes du droit européen du contrat (...) il serait "imprudent" de soumettre de telles questions à un accord des parties. En réalité, les parties ne sont pas si imprévoyantes que cela. En matière de commerce international, la révision pour imprévision est pratiquement toujours convenablement organisée, à tel point que la règle de principe semble être celle de l'absence de révision judiciaire pour imprévision. Ainsi, de manière inattendue, les règles du droit du commerce international incitent plutôt à préserver nos réputés partisans qualifiés d'acheteurs »

thèse de Mme Cécile Péres-Doudou, une « fonction réputative »<sup>127</sup>, puisqu'elle a pour objet non de dispenser les parties d'inclure certaines stipulations dans leur contrat, mais au contraire de les inciter à adopter des stipulations dérogatoires. C'est là, au demeurant, un procédé bien connu des travailleurs et qui a reçu dans la doctrine anglo-saxonne une dénomination propre : le « penalty default »<sup>128</sup>. Peut-être l'existence d'une telle appellation, qui plus est reprise d'une analyse économique du droit, conduira-t-elle les solidaristes, si friands de modernité, à prendre conscience de cette dimension du problème, totalement absente pour l'heure de leur discours doctrinal. Quoiqu'il en soit, on perçoit ici clairement que la jurisprudence française préfère inciter les parties à la prévoyance et à l'effort plutôt que de se substituer à celles-ci au moyen d'une intervention du juge. Comme on a pu l'écrire, « l'équité du juge ne saurait remplacer l'équité des parties »<sup>129</sup>, car si ce sont les parties qui font le contrat<sup>130</sup>, le sur mesure contractuel est perçu comme préférable au judiciaire indifférence.

27. Reste à voir, à travers un exemple concret, les conséquences auxquelles peut conduire l'intervention du juge telle que la présente la doctrine solidariste. À cet effet, on raisonnera sur un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 14 septembre 2003 et annoté par M. Denis Mazeaud au Recueil Dalloz sous le titre susmentionné : « la bonne foi, en arrière route »<sup>130</sup>. On rappellera brièvement les données de l'espèce. Le propriétaire d'une maison louée signe une promesse de vente ayant trait à celle-ci après avoir donné congé au locataire. Le bénéficiaire de la promesse, désireux d'acquérir le bien libre de toute occupation, demande l'insertion dans celle-ci d'une condition suspensive prévoyant que l'occupant devra avoir quitté les lieux au jour de la signature de l'acte authentique de vente. À l'issue du délai prévu pour la réalisation de cette condition, l'occupant est toujours dans la place, sans que rien puisse être reproché au promettant qui a fait toute diligence. La condition ne s'étant pas réalisée dans le délai conventionnellement prévu, la promesse est caduque. Trois mois plus tard, le propriétaire vend la maison à une tierce personne, ce qui déclanche, de la part de l'ancien bénéficiaire de la promesse, mécontent de voir la maison lui échapper, une action en nullité de la vente et en dommages-intérêts. La cour d'appel lui accorde les seconds au motif que « la loyauté devant présider aux relations entre les parties et consacrée par l'article 1134 in fine du Code civil, devait

<sup>127</sup> C. Péres-Doudou, *Le risque supplétif*, thèse Paris I, éd. 2004, n° 588, p. 571. Voir aussi B. Faureigne-Conson, « Le changement de circonstances », RIDC 2004, p. 57 et s., sp. p. 85, qui, tout en faisant de cette expression le titre d'une de ses deux parties (II - Les mérites de l'introduction de la révision pour imprévision : la fonction réparatrice de la règle supplétive), reste discrète sur son origine.  
<sup>128</sup> C. Péres-Doudou, thèse préç., 2004, n° 46, p. 183.  
<sup>129</sup> A. Séraux, *Droit des obligations*, n° 46, p. 183.  
<sup>130</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 14 sept. 2005, D. 2006, p. 761, note D. Mazeaud, *Centrat, ours, content*, 2006, n° 1 note L. Leveaut.

conduire (les vendeurs) à soumettre leurs nouvelles propositions à ceux auxquels ils avaient initialement promis de vendre et qui avaient été évincés par l'attitude inconséquente des locataires laissés en place ». La troisième chambre civile la censure. Après avoir visé l'article 1134 alinéa 3, et rappelé que « les conventions doivent être exécutées de bonne foi », elle précise qu'en statuant ainsi, alors que l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et que ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a échailé, la cour d'appel a violé « l'article 1134 al. 3 du Code civil ».

28. Dans sa note, M. Denis Mazeaud s'interroge sur l'ampleur du « pas en arrière » que pourrait opérer cet arrêt en ce qu'il mettrait l'existence soit de la bonne foi postcontractuelle, soit même de la bonne foi précontractuelle. On voudrait s'arrêter ici quelques instants sur les conséquences que le juge aurait dû, selon l'éminent commentateur, déduire d'une référence à la bonne foi : « d'une façon générale, il ne semble pas hérétique ou evangelique de considérer que l'existence passée d'un contrat puisse exercer une influence sur le comportement des anciens contractants et les contraindre à se conformer à quelques règles simples relevant d'exigences de civilité élémentaire. En l'espèce, ainsi que l'avaient décidé les juges du fond, puisque la perfection de la vente initiale avait été mise en échec en raison de l'actitude inconséquente des locataires », il n'aurait donc pas excessif de considérer que l'exigence de bonne foi obligeait les vendeurs, une fois cet obstacle levé, à privilégier leurs anciens contractants qui pouvaient, au demeurant, légitimement croire que l'obstacle à la vente était désormais levé, rien ne s'opposait plus à sa réalisation. Dans cette perspective, les vendeurs auraient donc pu au moins leur accorder une préférence quant à la nouvelle offre de vente. L'empreinte du passé contractuel légitime, au nom de la bonne foi, cette atteinte à la liberté contractuelle »<sup>131</sup>.

Une telle affirmation ne manque pas de surprise. On perçoit mal en effet quel était, en la circonstance, le contrat dont l'existence passée justifiait une telle obligation pour le propriétaire. L'existence d'une promesse arrivée à son terme, sans que le bénéficiaire ait usé des droits qu'elle lui confère, ne saurait manifestement à elle seule entraîner une telle conséquence. Le bénéficiaire a choisi de ne pas exercer son droit, le promettant recouvre sa liberté. Dans le cas présent, à lire l'éminent commentateur, c'est semble-t-il la présence d'une condition, laquelle n'avait pas permis à l'accréditeur de sa perfection en raison de l'actitude inconséquente du locataire, qui justifierait l'existence de cette obligation particulière, au nom de la bonne foi. À considérer l'économie de l'opération, on peine à comprendre ce qui pourrait justifier une telle solution. Manifestement, l'opération présentait une part de risque en raison de la présence d'un occupant, lequel jouait, en quelque sorte, le rôle du « moustigri ». Ce risque, le bénéficiaire de la promesse n'aurait en rien voulu l'assumer. À cet effet, il avait obtenu du promettant l'insertion dans la

<sup>131</sup> D. Mazeaud, note préç., D 2006, p. 762, 2<sup>e</sup> col.

